OUTRE & CIE
LIBRAIRES
ONTREAL.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

M. G. Taschereau

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/commentairesurle06boil

COMMENTAIRE

SUR LE

CODE NAPOLÉON

KJV
444
.21804
.A7
B636
1856
v.6

COMMENTAIRE

SUR

LE CODE NAPOLÉON

TITRE VIII.

DU CONTRAT DE LOUAGE.

(Décrété le 7 mars 1804 ; promulgué le 17 du même mois.)

Le louage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage soit à procurer à l'autre la jouissance temporaire d'une chose (*locatio rerum*), soit à lui consacrer ses services, pendant un certain temps (*locatio operarum*), soit à faire, pour le compte de cette personne, un ouvrage déterminé (*locatio operis*); le tout moyennant un certain prix.

Le louage est un contrat consensuel, synallagmatique, commutatif et non solennel.

Consensuel, car il se forme par le seul consentement des contractants : l'écriture n'est utile que pour la preuve, *ad probationem*. — Toutefois, la règle est modifiée, quand le bail a pour objet des maisons ou des biens ruraux. (Voyez art. 1715 et 1716.)

Le consentement peut être *exprès* ou *tacite*.

Si la convention présente de l'obscurité, il faut recourir aux règles ordinaires de l'interprétation. — Appliquez au louage les principes que nous avons établis à cet égard sur la vente (art. 1608).

Synallagmatique, car les parties contractent des obligations réciproques.

Commutatif, car chacun des contractants se propose de recevoir autant qu'il donne.

Non solennel, car ce contrat n'est soumis à aucune forme spéciale.

Le louage, de même que la vente, se compose de trois éléments : une chose, un prix et le consentement (*res, pretium, consensus*).

Le louage doit avoir une durée limitée (1709) : si les parties n'ont rien déterminé sur ce point, l'usage des lieux devient la règle.

On distingue deux sortes de louages : le louage des *choses* et le louage d'*ouvrage*.

Ces deux genres de louage se subdivisent en plusieurs espèces particulières :

Le louage des choses, comprend : 1° celui des maisons d'habitation, 2° celui des héritages ruraux, 3° celui des animaux et des objets mobiliers. — Les expressions baux à *loyer*, baux à *ferme* et baux à *cheptel*, correspondent à ces trois subdivisions.

Le louage d'ouvrage, comprend tous les engagements portant convention de salaire pour travaux, soins ou services ; savoir : 1° celui des gens de travail, domestiques et ouvriers, qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2° celui des personnes qui s'obligent à accomplir un travail déterminé.

Dans l'usage, on donne aux parties des qualifications différentes, suivant la nature des choses qui sont l'objet du contrat :

Ainsi, quand il s'agit d'une *chose*, celui qui procure la jouissance de cette chose est appelé *bailleur, propriétaire, locateur*. — Tous ceux à qui cette jouissance est procurée, sont compris sous la dénomination générale de *preneur*. Spécialement, on les qualifie de *locataires* ou *baillistes*, quand le bail a pour objet des bâtiments d'habitation ou des meubles ; de *fermiers*, de *colons partiaires* ou *métayers*, dans les baux de biens ruraux, suivant qu'ils s'obligent à donner soit de l'argent, soit une quotité fixe de denrées pour prix de leurs fermages, ou qu'ils s'engagent à remettre en nature au propriétaire une partie des fruits que produira le fonds ; de *chepteliers* en matière de cheptel.

Dans le louage d'ouvrage, celui qui entreprend le travail est réellement *locateur*, et celui qui paie ce travail *locataire :* néanmoins, on donne communément le nom de *locataire* au premier et de *locateur* au second : *spécialement*, la personne qui fournit son travail est appelée *entrepreneur, ouvrier, domestique*, et l'on qualifie de *maître*, celle pour qui ce travail est fait (*voyez* art. 1710).

Au surplus, ces dénominations diverses n'ont qu'un intérêt purement théorique.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1708 — Il y a deux sortes de contrats de louage :
Celui des choses
Et celui d'ouvrage.

1709 — Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose, pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer.

= Ainsi, dans le louage des choses, le locataire s'oblige à *faire jouir* :—ce caractère distingue essentiellement le louage de la *vente*, contrat par lequel, ainsi que nous l'avons vu (1582), le vendeur doit rendre l'acheteur *propriétaire*.

1710 — Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

= L'art. 3 du projet (art. 1710) portait que le louage d'ouvrage était un contrat par lequel l'une des parties *donnait quelque chose à faire* à l'autre, moyennant un prix convenu.— Suivant cette définition, la partie qui donnait quelque chose à faire, était *locateur* ; l'ouvrier était le *preneur*, le *conducteur* : mais, sur les observations du Tribunat, le conseil d'Etat a substitué aux mots : *donne quelque chose à faire*, ceux-ci : *s'engage à faire* ; en sorte que les rôles, tels qu'ils avaient été primitivement envisagés, se trouvent intervertis.— Cette modification présente l'avantage de déterminer avec plus d'exactitude le caractère du louage : en effet, le travail est la chose donnée à loyer, la base de la convention : par conséquent, la partie qui paye ce travail est *locataire*, et celle qui le procure *locateur*.— Du reste, la pensée du législateur est clairement exprimée dans le passage suivant de l'exposé des motifs : « Les soins, les services, le travail et l'industrie forment la matière du contrat de louage d'ouvrage ; voilà ce qu'on y donne à loyer, voilà ce que l'on y paye. C'est donc le gardien, le serviteur, l'artisan, l'ouvrier ou l'entrepreneur qui est véritablement *locateur* ; celui qui les paye est le véritable *locataire* ou conducteur, et c'est mal à propos que, dans dans les lois et les ouvrages des jurisconsultes, ces qualités ont été interverties » (1).

1771 — Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières :

On appelle *bail à loyer* (2), le louage des maisons et celui des meubles ;

Bail à ferme, celui des héritiers ruraux ;

Louage, le louage du travail ou du service ;

Bail à cheptel, celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui qui les confie.

Les *devis*, *marché* ou *prix fait*, pour l'entreprise d'un ouvrage, moyennant un prix déterminé, sont aussi un

(1) Fenet, n° 338, t. 14 ; Pothier, n° 393, avait exprimé la même pensée.

(2) Le mot *bail* signifie *gouvernement*, *administration d'une chose*. Jadis on donnait le nom de *bajulus* ou *bail* au tuteur : *Bail* ou *bajulus uxoris*. — On appelait *Bailli* le syndic d'une corporation.

louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait.

Ces trois dernières espèces ont des règles particulières.

= Le louage des choses comprend :

1° *Le bail à ferme*, ou louage d'héritages ruraux.— On désigne encore sous le nom de *bail à ferme*, le louage de certaines choses incorporelles ; par exemple, la concession d'un droit de pêche ou d'un droit de péage.

2° *Le bail à loyer*, ou louage des maisons.

On donne la même dénomination au louage des meubles.

3° *Le bail à cheptel*, ou louage d'animaux, dans lequel le prix consiste en un partage de profits.

Le louage d'ouvrage comprend le louage des gens de travail, domestiques et ouvriers qui engagent leurs services, et celui des personnes qui s'obligent à accomplir l'œuvre qu'on leur confie.

Enfin, la loi désigne sous le nom de *devis*, *marchés* ou *prix faits*, les diverses conventions faites pour l'entreprise d'un ouvrage, moyennant un prix déterminé. — Nous verrons toutefois, que ces sortes de conventions ne constituent réellement un louage, qu'autant que la matière à travailler est fournie par celui qui commande l'ouvrage : lorsque cette matière est fournie par l'entrepreneur, on doit considérer la convention comme une vente (1).

Inexacte, car le premier alinéa place le louage des meubles à côté du louage des marchandises et des biens ruraux, quoiqu'il ne soit question des biens de cette nature que dans les art. 1713 et 1757 ; encore l'art. 1757 n'en parle-t-il que par occasion.

Incomplète, car la loi garde le silence sur les baux des usines, des manufactures et des machines incorporées aux fabriques ; l'art. 1747 est le seul qui en dise quelques mots.

Quoi qu'il en soit, il est généralement reconnu, que l'on doit appliquer par analogie, les règles que le Code a tracées pour le bail des maisons et des biens ruraux, aux louages de tous autres immeubles et même des meubles, en tant que la nature des choses le comporte (2).

1712 — Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics, sont soumis à des règlements particuliers (3).

(1) Marcadé, art. 1799. Troplong, n° 1030. *Voyez* cep. Duvergier, (n° 115 et 335).

(2) Observations du tribun Mouricault ; Fenet, t. 14, p. 322 ; Troplong, n° 66 ; Zach., t. 3, p. 2. *Voy.* aussi Duvergier, n° 280.

(3) *Voy.* Troplong sur l'art. 1712 ; Merlin, Rép., Bail, § 17 et 18 ; Duvergier, n° 128.

CHAPITRE II.

DU LOUAGE DES CHOSES.

Toutes les choses qui sont susceptibles de procurer quelque utilité, peuvent être l'objet du louage (1), à moins qu'on ne puisse en user ou s'en servir sans les consommer, ou que la loi n'en défende la location.

De la définition que nous donne l'art. 1709, il résulte que le louage des choses doit réunir trois éléments :

1° Il faut une chose qui en soit l'objet.

Le contrat est nul si la chose a cessé d'exister. — En cas de perte partielle, le tribunal, appréciateur souverain des circonstances, peut ordonner la résiliation du bail ou réduire le montant du prix stipulé. (*Voyez* art. 1722.)

La loi n'exige pas que la chose, objet du louage soit déterminée : on peut louer une chose indéterminée, par exemple, un cheval ou une voiture pour faire un voyage, une grange pour y déposer du blé ou autres marchandises.

Le bailleur doit s'obliger à *faire jouir* le preneur, c'est-à-dire, le mettre à même de percevoir, pendant un certain temps, les fruits de la chose louée (meuble ou immeuble). — Ainsi, le bail, à la différence de la vente, ne déplace pas la propriété ; le droit du propriétaire reste intact : il jouit par l'entremise d'un tiers ; il reçoit une redevance, en échange des fruits qu'il s'oblige à procurer temporairement.

La jouissance du preneur ne saurait être perpétuelle : mais il ne faut pas considérer comme perpétuel le bail dont la durée, quoique indéfinie, serait subordonnée à une condition casuelle. — Les parties peuvent du reste assigner au bail la durée qu'elles jugent convenable ; toutefois, s'il dépassait 99 ans, on le réduirait à ce terme.

Enfin, nous ne voyons pas de raison pour proscrire les *baux à vie*. Quelques autorités considèrent, il est vrai, ces sortes de baux comme des constitutions d'usufruit (2) ; mais cette doctrine, qui était exacte à une époque où l'on attribuait aux baux à longues années l'effet de transférer la seigneurie utile, n'est point admissible dans nos lois modernes : aujourd'hui, les baux au-dessus de neuf ans, ne diffèrent des baux ordinaires que par leur durée. — Pothier (Louage n° 27) lui-même reconnait que les baux à vie peu-

(1) On peut *louer* les biens composant un *majorat* : ces sortes de biens ne sont placés hors du commerce que quant à la propriété. (Pothier, n° 9 et suiv.)

(2) Merlin, Rép., r° Usufruit, § 1er, n° 3.

vent, en certains cas, n'être que de simples baux à loyer ou à ferme : à la vérité, il ajoute qu'à défaut de stipulation formelle qui la réduise à cet état, ils sont présumés renfermer une constitution d'usufruit : mais c'est la proposition contraire qu'il faut admettre, observe avec raison Duvergier (n° 30), car on doit attribuer aux actes le caractère que les parties ont entendu leur imprimer : or le mot *bail à vie*, emporte l'idée de louage. — Concluons de là, que les parties sont présumées avoir entendu faire un simple bail, d'une durée calculée sur la vie du preneur, sauf toutes stipulations particulières (1).

Le preneur n'acquiert pas de droit réel; il n'a contre le bailleur qu'une action personnelle *(jus adrem)* résultat de la convention : en effet, le but que se propose le preneur n'est point d'acquérir un démembrement de la propriété ; mais de percevoir les fruits; or, les fruits sont meubles; donc le droit est mobilier. — Vainement argumenterait-on de l'art. 1743 lequel porte que le preneur ne peut être expulsé par l'acquéreur, s'il a un bail authentique ou un bail sous seing privé dont la date est certaine ; ce qui semble au premier abord imprimer à son droit un caractère de *réalité:* « Le bail, dit Proudhon, n'est pas comme il était anciennement, résolu par la vente de l'immeuble; ce n'est pas que le preneur ait véritablement un droit réel, en vertu duquel il puisse jouir de la chose comme sienne, sous le rapport du domaine utile et la revendiquer entre les mains du tiers acquéreur; c'est seulement parce que les auteurs de cette disposition nouvelle de nos lois ont voulu que l'aliénation du fonds affermé ne fût consentie ou censée consentie aux parties, que sous la condition que le tiers acquéreur y stipulât ou fut censé y avoir stipulé l'obligation personnelle d'entretenir le bail, ce qui donne bien au fermier un droit de rétention sur la jouissance, mais non un droit sur le fonds. Le bailleur est tenu de lui procurer la jouissance de la chose; il ne se libère pas comme le vendeur en faisant délivrance; ses obligations se répètent *quotidie, singulis momentis* (2). — Troplong (n° 4 et suiv.) est le seul auteur qui enseigne le contraire (3).

Il faut reconnaître, toutefois, que le propriétaire bailleur restreint son droit de propriété, sous certains rapports, puisqu'il s'interdit ainsi la faculté d'abuser. Cette considération a même motivé la disposition de l'art. 2, 4° de la loi du 23-26 mars 1855, qui *soumet à la formalité de la transcription les baux d'une durée de*

(1) Proudhon, Usuf., n° 98 et suiv.; Toullier, n° 387 et suiv.

(2) Proudhon, Usuf., n° 102 : Toullier, n° 388; Duvergier, n° 28.

(3) Delv., p. 185, n° 2; p. 188 et 198; Duvergier, n° 279 et suiv.; Proudhon, Usuf., t. 1 n° 102; Dur, t. 4, n° 73; t. 17, n° 139: Toullier, t. 3, n° 388; Marcadé, art. 1709; Cass., 14 novembre 1832 : Dev, 1833, 1, 32. *Voy.* cep. Dijon, 21 avril 1827 et une savante dissertation de Devilleneuve, rapportée sous cet arrêt. Nous reviendrons sur ce point. *Voy.* art. 1743.

plus de dix-huit années (1). — On lit ce qui suit dans le rapport fait au nom de la commission du Corps législatif par M. Debelleyme : « Pour lui faire atteindre son but (la transcription), qui est de révé-« ler d'une manière utile et pratique l'état vénal de la propriété, « il faut même aller plus loin, et assujettir à la transcription tous « les actes qui, sans constituer des droits réels, imposent cependant « à la propriété, des charges qui sont de nature à en altérer sen-« siblement la valeur : tels sont les baux à longs termes et les quit-« tances anticipées de plusieurs années de loyer. On sent toute « l'influence que peut exercer sur la valeur d'une propriété, l'in-« fluence de pareils actes : son utilité, son produit, sa jouissance « sont affectés de telle sorte qu'il y a, pour l'acheteur ou le prêteur « sur hypothèque, un légitime intérêt à la connaître. — Nous ne « nous sommes pas dissimulé que la publicité donnée aux baux et « aux quittances de loyer était une invasion faite dans le domaine « du droit réel ; une dérogation au principe de la liberté et du « secret des conventions privées : mais elle nous a paru justifiée « et absolument nécessaire. »

Lorsque le terme de la jouissance n'a pas été fixé par un contrat, on se conforme, pour les baux des maisons, à *l'usage des lieux* (1736); pour les biens ruraux, on a égard au *genre de culture* (1774), par ex., lorsqu'il s'agit d'un pré, d'une vigne ou autre bien dont les fruits se recueillent annuellement, le bail est censé fait pour une année. — Si les fruits ne peuvent être perçus qu'après plusieurs années ; ce qui a lieu, par ex., lorsqu'il s'agit de bois taillis ou de terres divisés par soles, les parties conviennent tacitement que le bail durera pendant le nombre d'années nécessaire pour que le preneur puisse percevoir la totalité des fruits.

Le louage des meubles destinés à garnir une maison ou un appartement, est présumé fait pour la durée ordinaire des baux des maisons ou des appartements, suivant l'usage des lieux.

Les baux des chambres garnies sont censés faits pour un mois, une semaine, un jour, suivant que la location est faite à tant par mois, par semaine ou par jour.

Quand le mode de jouissance est déterminé, le preneur est tenu de l'observer. Si les parties ont gardé le silence, il doit employer la chose à l'usage auquel on a coutume de la faire servir, ou à celui auquel elle est, par sa nature, destinée.

L'usage pour lequel la chose est louée doit être, comme de raison, honnête et licite ; autrement, le contrat serait nul : le locataire ne pourrait exiger le prix stipulé, il devrait même, selon nous, restituer ce qu'il aurait reçu en exécution du bail (2).

(1) *Voy.* l'exposé des motifs du projet de loi sur la transcription (art. 5). *Voy.* aussi le rapport fait au nom de la commission fait par M. Debelleyme.

(2) *Voy.* nos observations sur les art. 1133 et 1598 ; Duvergier, n° 60. — Le preneur de-

Nous supposons, bien entendu, que la cause illicite est reconnue : en cas de dénégation, la partie qui refuserait d'exécuter le contrat serait repoussée par la maxime : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* (Duvergier n° 61) (1).

A défaut de stipulation contraire, le preneur jouit de toute la chose.

Lorsque la chose a péri en totalité, il n'y a pas de contrat. — Si la perte n'est que partielle, les tribunaux prononcent, eu égard à l'importance de la perte, la résiliation du contrat ou la réduction du prix. Ils ont cette faculté, lorsque la perte partielle est survenue pendant la durée du bail (1721 et 1722) (2) : les mêmes raisons de décider se présentent, lorsqu'elle a précédé la convention : dans le louage comme dans la vente, il s'agit de rechercher quelle a été l'intention des contractants.

2° *Un prix convenu:* (3) ce prix doit être *sérieux;* c'est-à-dire, stipulé avec intention formelle de l'exiger : si le locataire ne pouvait être contraint à le payer, on ne verrait pas dans la convention, un *louage*, mais un *prêt à usage* (*commodatum*). — Toutefois, si le bailleur renonçait, après un certain temps, aux loyers échus, cette circonstance n'enlèverait pas au louage son caractère, il suffirait que le contrat eût été parfait dans l'origine.

La détermination du prix peut être expresse ou tacite, elle est tacite, lorsque le prix est fixé par l'autorité ou par un usage constant.

La loi n'exige pas que le prix représente la valeur de la jouissance, il suffit qu'il ne soit pas tellement faible qu'on doive le considérer comme dérisoire : la lésion ne pourrait, en effet, donner lieu à rescision, car elle ne tomberait que sur les fruits, lesquels sont meubles (4).

Le prix doit consister soit en une *somme d'argent,* soit en une cer-

vrait tenir compte de l'avantage que lui aurait procuré la convention, si cet avantage était appréciable.

(1) Observons à cette occasion, que le louage d'une maison pour en faire un lieu de prostitution est valable, si la destination est connue du bailleur et mentionnée dans l'acte; sauf le droit réservé aux autres locataires d'agir en résolution de leur bail. Dès le moment où ces sortes d'établissements sont tolérés par les lois, l'affectation d'une maison à cet usage n'est pas illicite.

(2) Cass., 11 mars 1842. Le louage diffère sous ce rapport de la vente d'immeubles.

(3) On connaît une sorte d'échange d'usage, qui a beaucoup de rapports avec le louage : ce contrat intervient, lorsque chacune des parties abandonne à l'autre la jouissance d'une chose dont elle est propriétaire, comme équivalent de celle qu'on lui procure : par ex., si nous convenons que je me servirai de votre cheval pendant un certain temps, et que vous vous servirez du mien pendant ce même temps, que je ferai des travaux pour vous, en échange de ceux que vous vous engagez à faire pour moi : dans ces espèces, il est évident que le contrat ne peut être considéré comme un *prêt,* puisqu'il n'est pas gratuit. D'un autre côté, il n'a point les caractères du *louage*, puisque le prix ne consiste ni en argent, ni en denrées : c'est là, évidemment, un échange, un contrat innommé (1107), qui, chez les Romains, n'aurait pas produit l'action de louage ; mais l'action *præscriptis verbis* (Pothier, n° 38 ; Dur, n° 9 ; Duvergier, n°s 95 et 96, t. 3 ; 247 et suiv., t. 4 ; Troplong n° 3).

(4) Troplong, n° 3 ; Duvergier, n° 102 ; Dur, n° 13 ; Cass., 21 mars 1824, 11 août 1818 ; Rouen, 21 mai 1844 ; Dal., n°s 96 et 97 ; Dev., 1844, 2, 673 ; Pal., 44, 2, 335.

taine quantité de denrées, c'est-à-dire, de choses qui se vendent au poids, au compte ou à la mesure (1). — Nous ne voyons pas de raison sérieuse pour distinguer à cet égard entre le bail à loyer et le bail à ferme, ni même entre le louage des choses et le louage d'ouvrage.

Dans les baux à ferme, il est d'usage de convenir que les fermiers donneront pour prix une portion des fruits que le fonds produira : tantôt cette portion est fixe et déterminée, par ex., 100 hectolitres de blé, tantôt elle consiste dans une quote part éventuelle, par ex., la moitié, le tiers, le quart. — Dans ce dernier cas, le bail est dit *partiaire*.

Quelques auteurs considèrent le bail partiaire comme une société ; mais l'erreur est évidente : en effet, il est de l'essence des sociétés que chacune des parties coure des chances de gain et de perte ; or, dans l'espèce, non-seulement le bailleur ne s'expose à aucune perte ; mais encore, il peut avoir des bénéfices bien que le preneur soit en perte.

Le prix doit être *certain* et *déterminé*. Les contractants peuvent le fixer eux-mêmes ou s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers (1716): tout ce que nous avons dit à cet égard sur la vente, s'applique au contrat de louage.

Que devrait-on décider, si le prix était laissé à la volonté de l'une des parties ? Pothier (n° 37) considère le contrat comme valable, s'il a reçu un commencement d'exécution. « Le prix, dit-il, est censé abandonné à l'arbitrage de la partie, *non tanquam in merum arbitrium, sed tanquam in arbitrium boni viri*, — Duvergier (n° 107) combat avec raison ce système : « Il est, dit-il, subversif de toutes les règles, de laisser à l'une des parties le pouvoir de déterminer l'étendue de son engagement ou de celui que l'on contracte envers elle : cela est non-seulement illégal mais irrationnel. »

Quid, dans l'espèce suivante : je charge un ouvrier de faire un travail, il est convenu que le prix sera fixé après la confection de l'ouvrage : est-ce là un louage ? Nous le pensons : assurément, le prix n'est pas déterminé par le contrat ; mais les parties conviennent tacitement de s'en rapporter *boni viri arbitratu*, si elles ne peuvent s'entendre. (Duvergier n° 109).

(1) On lit dans la loi romaine : *Si olei certa ponderatione locasti*, C. Loc. Cond., 4, t. 65, 21. Le mot *locasti* exprime clairement que, même en droit romain, le contrat de louage pouvait emporter une redevance en denrées autres que celles produites par le fonds. (Troplong, Louage, n° 3 ; Marcadé, art. 1713.) — Suivant Duvergier, n° 95, et Dur, n° 9, le prix doit nécessairement consister en monnaie : le mot *locasti*, qui se trouve dans la loi précitée, aurait été détourné de son véritable sens. « Dans l'espèce sur laquelle s'explique la loi, disent ces auteurs, une portion des fruits du fonds nu était donnée en paiement. Dès lors le contrat avait pu, à raison de l'exception admise pour ce cas particulier, être qualifié de louage. » — Nous ne voyons pas de raisons pour limiter aux baux à ferme les prestations en nature autorisées par les art. 1763, 1771 et autres. Dans beaucoup de provinces les services des ouvriers ne se paient pas autrement. (*Voy.* nos observations sur les art. 1591 et 1702.)

3° *Le consentement :* Il doit porter sur la chose, sur le prix et sur la durée du bail.

Sur la chose : Exemple : J'ai entendu vous donner à ferme telle métairie; vous avez eu l'intention d'en louer une autre : il n'y a point de contrat. — Le consentement doit nécessairement intervenir sur les qualités substantielles de la chose ; mais l'erreur, soit sur les qualités accidentelles, soit sur le nom du locataire, ne vicie pas le contrat *(voyez* art. 1109 et 1110).

Sur le prix : Exemple : J'entends vous louer ma maison 1,000 fr.; vous n'avez entendu me donner que 500 fr.; il n'y a pas de contrat. — Mais si vous avez cru louer pour 1,000 fr. au lieu de 500 que j'ai demandés, le contrat est valable, suivant la maxime : *In eo quod plus sit, semper inest minus.* Vous ne serez engagé que pour 500 fr.

Le consentement est légalement présumé, lorsqu'à l'expiration du bail fait avec fixation de durée, la jouissance du locataire ou du fermier continue, sans opposition de la part du bailleur : un nouveau contrat, appelé *tacite réconduction*, se forme alors. — Ce contrat est censé fait, en général, aux mêmes conditions que le premier, sauf sa durée, qui est fixée eu égard à la nature des choses louées ou à l'usage des lieux.

Sur la durée du bail. La perpétuité, nous l'avons déjà dit, répugne à l'essence du louage (1). A défaut de convention, la durée du bail se règle soit d'après l'usage auquel la chose est destinée par sa nature ; soit d'après la coutume locale. — Ex. : J'entends vous donner ma maison à loyer pour trois ans; vous pensiez la prendre pour neuf, le contrat est nul. Néanmoins, si le preneur est entré en jouissance, il doit payer le terme d'usage.

Quoique le bail soit parfait par le seul consentement, un écrit est nécessaire en cas de dénégation, pour constater l'existence de ce contrat, quand il s'agit de maisons ou de biens ruraux : en effet, l'art. 1715, placé sous la rubrique des règles communes à ces sortes de baux, porte que le bail fait sans écrit et qui n'a encore reçu aucune exécution, ne peut être prouvé par témoins, quelque modique qu'en soit le prix. — Toutefois, ce n'est là qu'une exception : Le louage des choses mobilières, le louage d'ouvrage et le bail à cheptel restent soumis à la règle générale qui admet la preuve testimoniale, savoir, lorsque l'objet du contrat est d'une valeur de 150 fr., sans commencement de preuve par écrit, et au-dessus de 150 fr., avec commencement de preuve.

Observons à cette occasion, que pour savoir s'il y a lieu d'admettre la preuve testimoniale, ce n'est point la valeur intrinsèque des choses louées qu'il faut considérer ; mais la somme totale des loyers pour toute la durée du bail : en effet, cette somme forme la valeur de la jouissance, et c'est la jouissance qui est l'objet du con-

(1) A Rome le louage pouvait être fait à perpétuité. (Caius : Comment, 3, § 145.)

trat (1). — La loi n'exige pas que l'acte soit authentique. — L'acte privé doit réunir toutes les conditions prescrites par l'art. 1325 (2).

Des lettres missives constatant le consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix, sont même suffisantes : mais, en ce cas, à quel moment le contrat est-il irrévocablement formé? Appliquez ce que nous avons dit sur la vente (art. 1583.)

La capacité de contracter est un élément du louage comme de toute autre convention; elle doit être appréciée conformément aux règles générales. — Nous verrons toutefois, que la loi a modifié ces règles par plusieurs dispositions spéciales, soit en créant des incapacités (450), soit en établissant des aptitudes particulières (481, 513, 223, 1449, 1536, 1576), c'est-à-dire, en déclarant capables, quant au louage, des personnes qui ne peuvent aliéner sans une autorisation spéciale.

Pour donner des biens à bail, il n'est pas nécessaire d'en être propriétaire : ce droit appartient à tout administrateur. Néanmoins, la durée des baux consentis par le non-propriétaire ne peut excéder 9 années (*voy.* art. 450, 481, 509, 595, 1429, 1481, 1748).

Il faut, en effet, se garder de confondre les actes d'administration et les actes de propriété : les premiers conservent leur effet, nonobstant la résolution du droit de celui de qui ils émanent; les seconds sont, en général, anéantis par cet événement.

Par application de ce principe, l'art. 1673 oblige le vendeur qui rentre dans son héritage par l'exercice du réméré, à respecter les baux faits sans fraude par l'acheteur : la même règle doit s'étendre au cas de rescision de la vente, soit pour cause de lésion, soit pour toute autre cause qui emporte résolution des droits du bailleur sur la chose louée, sans excepter le cas où un adjudicataire bailleur serait dépossédé par l'effet d'une surenchère (3).

Celui qui n'est ni propriétaire ni administrateur d'une chose peut-il valablement louer cette chose à un tiers (*voyez* art. 1718, quest.)?

Les baux consentis par le propriétaire sous condition résolutoires doivent-ils être maintenus pour toute leur durée quelque longue quelle soit; ou doit-on les renfermer dans les limites établies pour les baux consentis par les usufruitiers et par les tuteurs (1429) (*voyez* art. 1718, quest.)?

Il nous reste à dire quelques mots sur les promesses de louage :

On désigne ainsi, l'acte par lequel un propriétaire s'oblige à consentir, dans un délai déterminé, un bail régulier, au profit d'une autre personne.

(1) Troplong, n° 113; Duvergier, n° 15; Paris, 6 avril 1825.

(2) Par exception, l'authenticité de l'acte est nécessaire, lorsque les lieux sont destinés au dépôt ou au débit des boissons (Décret du 5 mai 1806; loi du 28 avril 1816.)

(3) Toullier, 6, n° 176, 435, 436; Duvergier, n°s 82 et suiv.; Cass., 16 janvier 1827, 11 avril 1821; Paris, 25 janvier et 19 mai 1835; Dev, 1835, 2, 102 et 256.

La promesse peut-être *unilatérale* ou *synallagmatique*.

Pour que la promesse de bail même unilatérale oblige celui qui l'a faite, il faut naturellement qu'elle ait été acceptée par l'autre partie (1).

La promesse de bail équivaut à un bail, lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose louée, sur le prix de la location et sur les autres conditions. — L'obligation de réaliser cette promesse ne peut être considérée comme une simple obligation de faire, résoluble en dommages-intérêts, en cas d'inexécution (2).

La promesse de bail est soumise en ce qui concerne la preuve, aux mêmes règles que le bail : ainsi, quand il s'agit de maisons ou de biens ruraux, on ne peut faire entendre des témoins pour établir cette promesse.

De même que les promesses de vente, les promesses de louage peuvent être faites avec des arrhes ou sans arrhes. — Appliquez au louage ce que nous avons dit à cet égard au titre de la vente (1590)

En matière de louage, les arrhes sont presque toujours données comme denier à Dieu, avec faculté, pour chacune des parties, de se dédire dans un certain délai (ordinairement vingt-quatre heures) : l'une en rendant la somme, et l'autre en la perdant. Ce terme expiré, le contrat est définitif et irrévocable.

La preuve par témoins de la dation du denier à Dieu ne doit être admise, comme de raison, qu'autant que l'existence du bail peut être prouvée, de cette manière; autrement, on ne manquerait jamais d'employer cette voie détournée pour éluder la règle de l'art. 1715.

A Paris on donne le denier à Dieu pour toute location soit de maisons, soit d'appartements, ou lorsqu'on prend un domestique à son service :

Au premier cas, la somme est remise au porteur, comme gratification, pour la peine qu'il a prise de faire voir les lieux.

Au deuxième cas le denier à Dieu est remis aux domestiques.

Dès que le bail a reçu un commencement d'exécution, le contrat est irrévocablement formé; en conséquence, les parties ne peuvent refuser de l'exécuter l'une en offrant de perdre les arrhes, l'autre en offrant de les restituer (3).

Ne confondons pas les arrhes avec les sommes payées à titre de *pot-de-vin* ou *d'épingle :* dans ce dernier cas, le contrat est parfait ; le payement qui a eu lieu est un commencement d'exécution.

Quels sont les moyens de contrainte accordés contre la partie qui refuse d'exécuter le contrat? Si le louage a des choses pour objet, le bailleur peut exiger les loyers ou fermages pendant toute la du-

(1) Dur, t. 17, n° 48 ; Troplong, n° 121 ; Duvergier, n° 43.

(2) Dur, n° 48 : Duvergier, n° 43 et suiv.; Troplong, n° 121 ; Merlin, v°, Bail, § 6, n° 1, Quest., v°, Bail, § 1. Paris, 7 nivôse an X ; Cass., 3 avril 1828 ; Dal., n° 80 ; Dev., 1838, 1, 299 ; Pal., 1838, 1, 524.

(3) Dur, n. 49 ; Troplong, n. 125.

rée du bail ; de son côté, le preneur peut se faire mettre en possession *manu militari*. — Quant au louage d'ouvrage, il se résout nécessairement de part et d'autre en dommages-intérêts (1).

Il nous reste à faire observer que les clauses obscures ou ambiguës s'interprètent, en matière de louage, suivant les règles que nous avons établies sous l'art. 1602. (Duvergier, n. 261).

Le louage a beaucoup de rapports avec la vente ; mais on signale entre ces deux contrats les différences suivantes :

1° La *vente* transfère la propriété (*jus in re*), ou du moins elle confère un titre qui permet de l'acquérir par prescription ; tandis que le *louage* ne peut même servir de base à la prescription : en effet, le bailleur conserve la propriété, ainsi que la possession et jouissance de la chose, puisqu'il jouit par le preneur, lequel lui paye des loyers et fermages (2229). — 2° Dans la vente, toutes les actions de ceux qui prétendent quelques droits sur l'immeuble sont dirigées contre l'acquéreur : ces sortes d'actions ne peuvent être formées contre le preneur : le bailleur seul doit y répondre.

Il suit de ces distinctions que l'acquéreur est intéressé à appeler son vendeur en garantie sur les premières poursuites, tandis que le preneur, simple détenteur, n'acquiert le droit d'agir contre le bailleur pour se faire indemniser, qu'au moment où il est tenu d'abondonner.

Le bail diffère de la vente, lors même que ce dernier contrat a des fruits pour objet : ainsi, le preneur acquiert une chose incorporelle (le droit de cultiver et de jouir); l'acheteur de fruits devient immédiatement propriétaire de corps certains. — Dans le bail, les frais de culture et de semence sont à la charge du preneur; dans la vente de fruits, le vendeur supporte ces frais sans recours contre l'acheteur, sauf stipulation contraire (Proudhon, Usuf., n. 993). — Le bail est fait moyennant un nombre d'annuités, égal au nombre d'années de jouissance ; la vente est consentie moyennant un prix unique : peu importe que ce prix soit payable en plusieurs termes. — Le bail confère le pouvoir général d'administrer la chose qui en est l'objet ; la vente de fruits donne seulement à l'acquéreur le droit d'enlever la récolte vendue.

Le louage diffère de l'usufruit, notamment sous les rapports suivants : l'usufruit est un démembrement de la propriété ; il est immobilier, quand il s'applique à un immeuble : dès lors, il est susceptible d'hypothèque: Le louage ne démembre pas la propriété ; il ne s'attache à elle que pour la rendre productive ; le preneur n'est pas même possesseur, puisque son droit est mélangé de précarité ; il n'a qu'un droit personnel. Par suite, on décide que ce droit ne peut être concédé à titre gratuit : de quelle utilité, en effet, serait pour le propriétaire, un bail sans prix ? — L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent; le preneur peut exiger

(1) Duvergier, n. 43 et suiv., 47 ; Paris, 7 nivôse an X.

qu'elles lui soient livrées en bon état (1720). — Le preneur peut exiger une indemnité pour non-jouissance occasionnée par cas fortuit ou par force majeure (1769 et 1773) : l'usufruitier ne jouit pas du même droit ; — l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier le bail n'est pas résolu par la mort du preneur. (1742). — L'usufruit établi sans terme ne s'éteint qu'à la mort de l'usufruitier : la durée du bail fait sans limitation, est restreinte au temps nécessaire pour que le preneur puisse recueillir les fruits pendant un terme d'usage (1736, 1758, 1774 et 1775). — L'usufruitier n'étant tenu qu'à raison de la chose, peut se soustraire aux charges de l'usufruit, en renonçant à son droit ; le preneur n'est pas libre de renoncer à son bail ; on peut le contraindre à remplir les obligations qu'il s'est imposées. — Enfin, dans l'usufruit, le propriétaire s'oblige à *laisser jouir* (*pati frui*) : dans le louage, il s'oblige à *faire jouir* (*præstare uti frui licere*). Cette dernière distinction est la plus féconde en conséquences ; nous les signalerons successivement.

Quoique le louage diffère de l'usufruit par sa nature, et produise sous certains rapports des effets moins étendus, les règles établies sur ce dernier droit, servent en général à déterminer ce que le preneur peut percevoir et conserver : de même que l'usufruitier, il a le droit de jouir ; car jouir d'une chose, c'est recueillir tous les fruits et toute l'utilité qu'elle peut procurer.

Il faut également distinguer le louage, du *droit de superficie* : le contrat de superficie était d'un fréquent usage autrefois : il se formait, lorsque le propriétaire d'un fonds aliénait, pour un certain temps, ordinairement moyennant une redevance annuelle, la surface d'un terrain, à charge par le concessionnaire de construire sur ce terrain. — Le contrat de superficie démembrait la propriété ; le superficiaire possédait la superficie comme sienne ; il pouvait la grever d'hypothèques, de servitudes et même en disposer ; Toutes ces facultés sont incompatibles avec le caractère du louage. — La propriété superficiaire pouvait être acquise à titre gratuit : le louage a toujours eu lieu moyennant un certain prix. — Le nu-propriétaire, reprenait sa chose sans être tenu de payer d'indemnité, à raison des améliorations superficiaires qui adhéraient au fonds : cette faveur n'est pas accordée au bailleur, à l'égard de son fermier.

Ne confondons pas le louage avec l'*emphytéose* : dans l'origine, on nommait emphytéose, la concession temporaire ou perpétuelle d'un terrain allodial, nu et stérile, pour l'améliorer par des constructions et des plantations, sous la réserve d'une redevance modique, établie en reconnaissance du domaine direct que s'était réservé le bailleur . A l'expiration du terme stipulé, ou à défaut du payement de la redevance, le bailleur reprenait le fonds dans l'état où le preneur l'avait mis, sans être soumis au payement d'une indemnité. — Plus tard , on put donner à emphytéose des

fonds déjà mis en culture, et même des bâtiments ; l'obligation de construire, de planter et d'améliorer cessa d'être essentielle ; l'emphythéote fut seulement tenu d'apporter à la conservation de l'héritage les soins d'un bon père de famille : en conséquence, on admit la définition suivante, plus large et plus en harmonie avec les modifications que ce contrat avait subies (1). — « L'*emphythéose* est une convention, par laquelle un propriétaire concède soit à perpétuité soit pour un temps prolongé, un terrain stérile ou productif, à l'effet par le preneur, d'en jouir, moyennant une modique redevance annuelle, et de ne pouvoir en être privé par le concédant, qu'en cas de non-payement de cette redevance. »

On signale entre l'emphythéose et le louage les différences suivantes : l'emphythéose n'imposait dans le moyen âge et n'impose encore aujourd'hui à l'emphythéote que des prestations peu élevées ; tandis que le prix du bail doit être en rapport avec les produits de la chose : *Pensio constituitur non pro mercede, in quo differt à locatione, sed in recognitionem domini.* — Cependant, par la suite des temps, les prestations furent augmentées, de manière à former un produit net et lucratif, calculé sur l'importance des fruits ; alors, le bail emphythéotique se rapprocha beaucoup du louage fait à longues années : mais entre autres différences, il y eut toujours celles-ci : que l'emphythéose put s'établir non-seulement à titre onéreux, mais encore à titre gratuit et même par prescription ; ce qui ne peut avoir lieu en matière de louage ; — que l'emphythéote acquérait le domaine utile, et jouissait comme propriétaire ; tandis que le bail laisse toute l'utilité de la chose entre les mains du propriétaire : — enfin, que l'emphythéote était libre de changer librement la superficie, de vendre et d'hypothéquer le fonds ; facultés dont ne peut jouir le fermier.

L'emphythéose subsiste encore sous le Code civil, avec les caractères que l'ancien droit lui attribuait : toutefois, aux termes de la loi du 18-29 décembre 1790, la durée des baux emphythéotiques ne peut excéder 99 ans. (Voyez au surplus nos observations sur les art. 526 et 530.)

Le contrat de superficie a beaucoup de rapports avec l'emphythéose : en effet, le superficiaire de même que l'emphythéote, acquiert une partie du domaine utile : — néanmoins, on remarque cette différence, que les droits de l'un sont restreints au bâtiment qui forme la superficie, de telle sorte qu'ils s'éteignent *interitu rei*, si le bâtiment cesse d'exister ; tandis que les droits de l'autre subsistent, nonobstant les changements que la superficie a éprouvés ; car ils reposent sur le sol même.

(1) *Voy.*, sur l'emphythéose, Troplong (art. 1709) ; Duvergier, n. 142 et suiv. ; Proudhon, Usuf., n. 217 ; Toullier, n. 101, t. 3 ; Dur, n. 80, t. 1 ; Merlin, Quest., v°, Emphythéose, § 3, n. 2 ; Favard, Rép., v°, Emphythéose, Carré, Compétence, 22, n. 412.

Il faut également distinguer les *baux à vie*, de l'usufruit et de l'emphythéose : ces baux ne confèrent pas de droits réels ; on les considère comme des baux ordinaires; seulement leur durée est incertaine. — Dans le bail à vie, le bailleur recueille les fruits civils de l'objet donné à bail; le preneur perçoit les fruits naturels : l'usufruitier et l'emphythéose perçoivent les fruits naturels et les fruits civils.

La question de savoir si les parties ont entendu constituer un usufruit ou un bail à vie dépend des circonstances : il faut s'attacher au but que les parties se sont proposé, bien plus qu'à la qualification donnée à l'acte.

Les baux à vie peuvent être consentis non-seulement pour la vie du preneur, mais encore sur plusieurs têtes, pourvu qu'elles n'excèdent pas le nombre de trois (1).

Les redevances perpétuelles, sous quelque forme qu'elles se déguisent, sont soumises aux règles déterminées par l'art. 530 sur le rachat.

Choses qui peuvent être l'objet du louage.

1713. — On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles (2)

= Toutes choses, meubles ou immeubles, susceptibles de procurer par l'usage de l'utilité ou de l'agrément, peuvent être l'objet du louage. La loi n'exige pas même que la chose soit déterminée. On peut

(1) Loi des 28-29 décembre 1790, art. 1er; Duvergier. n. 28, 29, 30, 201 et suiv.; Troplong, n. 25 et 26; Championnière, t. 4, n. 3077; Proudhon, Usuf., n. 98 et suiv., 103; Dur, n. 19; Toullier, n. 387 et suiv.

(2) D'après la loi du 21 avril 1850 (art. 7), les mines ne peuvent être vendues par lots ou partagées sans l'autorisation du gouvernement. Le législateur a considéré, que l'unité de la concession se trouverait rompue par des exploitations partielles, et que la conservation des gîtes serait souvent compromise par des travaux que les acquéreurs ou les copartageants entreprendraient séparément, chacun pour leur compte. — Mais peuvent-elles être louées? Nul doute que le concessionnaire peut, sans autorisation, louer son droit en totalité : peu importe en effet à l'administration, puisque les travaux s'exécutent avec ensemble, comme une seule et même entreprise. Il est vrai que le minerai, une fois extrait, ne se reproduit pas : mais observons, qu'à la différence des choses fongibles, les réunions de gîtes ne s'épuisent pas du premier coup par les extractions : dès lors elles constituent une propriété susceptible de location.—Mais c'est une grave question, que celle de savoir si l'art. 7 de la loi du 21 avril 1810, qui exige l'autorisation préalable du gouvernement pour la vente par lots ou pour le partage, s'applique à l'amodiation partielle : Troplong (art. 1713) ne le pense pas. *Voy.* en ce sens Rolland, v° Bail n. 108 ; Favard, v° Louage, sect. 1re, § 1, n. 2. Ces auteurs s'appuient notamment sur un arrêt de la cour de cassation du 20 décembre 1837 (Dev., 1838, 1, 91). « La loi de 1820, disent-ils, n'exige cette autorisation que pour les ventes partielles ou pour les partages; elle garde le silence sur les locations. Les garanties, soit en faveur du gouvernement, soit en faveur du propriétaire de la superficie sont les mêmes, puisque la propriété et la responsabilité reposent toujours sur la tête du concessionnaire primitif. » — Mais la cour de cassation, s'inspirant mieux de l'esprit de la loi, est revenue sur sa jurisprudence : elle a considéré, que le bail partiel entraîne la division de l'exploitation, et qu'il tombe dès lors sous le coup de l'art. 7 de la loi de 1810 (Cass., 4, janvier 1544; Dev., 1844, 1, 723, 26 novembre 1845; Dev., 46, 1, 240; Lyon, 13 mai 1842 ; Dev., 1842, 2, 435 ; Montpellier, 21 août 1841 : Dev., 1842, 2, 80.

louer par exemple : un cheval pour faire un voyage, une grange pour y déposer du blé.

Cette proposition générale s'applique non-seulement aux choses corporelles, mais encore aux choses incorporelles, telles que les rentes foncières, l'usufruit (1) (595), les droits de passage dans les bois ou sur les ponts, enfin les droits d'octroi (2).

Néanmoins, la règle n'est pas absolue :

Il y a des choses qui ne peuvent être louées, quoiqu'on puisse les vendre : telles sont les créances et les choses qui se consomment par l'usage, comme l'argent comptant, les denrées, le vin : en effet, on ne peut user de ces choses sans en disposer ; or, la restitution identique est de l'essence du louage. — Nous excepterons le cas bien rare où elles auraient été livrées *ad ostentationem*.

Bien que les choses qui se consomment ne puissent en général être louées isolément, on admet qu'elles se trouvent accessoirement comprises dans le louage d'un immeuble auquel elles sont attachées pour servir à son exploitation (1778) (3).

Vice versâ : certaines choses peuvent être louées, bien qu'elles ne soient pas susceptibles d'être vendues : on donne pour exemple, le fonds dotal, les biens qui composent le domaine de la couronne, et les majorats.

Un office ministériel n'est pas non plus susceptible de location : ces sortes de fonctions sont personnelles ; le titulaire seul peut donc les exercer (4).

Enfin, certaines choses ne peuvent être ni vendues ni louées :

Nous donnerons pour exemples les servitudes : elles ne peuvent être ni cédées ni louées par le propriétaire du fonds dominant séparément de ce fonds (686);—les droits d'usage et d'habitation (631, 634) : ils sont attachées à la personne de l'usage ; — les choses consacrées au culte (*res divini juris*) ; — les choses qui sont destinées à des usages publics, comme les rues, les places publiques, les grands chemins, les terrains des fortifications, etc. — Toutefois, le louage des choses *publici juris* peut avoir lieu en tout ou en partie, lorsqu'il est compatible avec leur destination : par exemple, les jours de fête, notamment à l'époque des foires, les municipalités louent aux marchands forains des emplacements sur la voie publique ; les marchands louent des places dans les halles, sur les ports et dans les

(1) Pothier, n. 19, enseigne, qu'en donnant son droit à ferme, l'usufruitier loue l'héritage même. — Duvergier, n. 65, fait observer avec raison, qu'il existe des différences notables entre le bail de l'héritage et le bail du droit d'usufruit : l'un a pour objet une chose corporelle ; l'autre une chose incorporelle, *un nomen juris*. — L'un oblige à livrer les lieux en bon état ; l'autre n'impose pas cette obligation.

(2) Loi du 6 frimaire an VII ; loi du 14 floréal an X ; ordonnance du 9 novembre 1814.

(3) Troplong, n. 83 ; Duvergier, n. 80 ; Rolland, v° Bail, n. 103 ; Paris, 21 mars 1822.

(4) Nous examinerons, au titre de la Société, la question de savoir si un office ministériel peut être l'objet d'une association.

chantiers ; on peut louer la tonte de l'herbe et l'émondage des arbres d'une promenade publique ou d'un cimetière : les fabriques des églises concèdent généralement le droit de louer des chaises dans les églises (1) ; l'Etat donne à ferme le droit de pêcher dans un fleuve : mais ces concessions, nous le répétons, sont toujours faites de manière à ne point affecter la destination principale du lieu.

Le Code s'est principalement occupé des baux des maisons et des biens ruraux, à raison de l'importance de ces sortes de biens et surtout, parce qu'ils sont le plus fréquemment l'objet du louage :

— Il est souvent difficile de reconnaître si un contrat est un louage ou une vente; *quid*, par ex., lorsque l'acte contient ces mots : *Cede et transporte à l'autre la jouissance d'un héritage pendant un certain temps, et moyennant un prix déterminé ?*—La question n'est pas sans intérêt ; car, d'une part, quand il s'agit d'une vente, les risques sont pour le compte de l'acheteur ; tandis qu'en matière de louage, ils restent à la charge du locateur ; d'autre part, les droits d'enregistrement sont plus élevés pour la vente que pour le louage :

Pothier (n. 4) considère cette convention comme un bail, lorsque le terme est au-dessous de 9 années, et comme une vente de fruits, lorsque le terme doit se prolonger au delà. — Mais Duvergier (n. 33) fait observer avec raison, que Pothier écrivait sous l'empire de cette idée, accréditée de son temps, que le bail fait pour plus de 9 ans transférait le domaine utile : aujourd'hui, l'intention des parties est la loi qu'il faut suivre, sans avoir égard aux expressions qu'elles ont employées : — nous verrons dans l'acte une vente de fruits, si un seul prix a été stipulé, et un bail, si le prix consiste en plusieurs sommes payables périodiquement (2).

Caius pose la question suivante : Vous me louez des chevaux pour tourner une meule pendant un an, et nous convenons que je vous payerai telle somme par cheval qui survivra à ce travail, et telle somme par cheval qui mourra à la peine : est-ce là une vente ou un louage ? — Il y aura louage, répond le jurisconsulte, en ce qui concerne les chevaux qui reviendront sains et saufs, et vente, à l'égard de ceux qui succomberont (3).

Si deux voisins ayant chacun un bœuf conviennent de se le prêter successivement, pendant un certain temps, pour labourer leurs champs, ou si j'exploite et fais valoir une pièce de terre appartenant à une personne qui, réciproquement, cultive à son profit un autre terrain à moi appartenant, doit-on voir un louage dans ces conventions ? — Elles ne constituent ni un louage, puisqu'il n'y a pas de prix ; ni un prêt, puisque chacun se sert de la chose d'autrui pour son usage exclusif ; ni un commodat, puisque la concession réciproque n'est pas gratuite ; ni une société, puisque les parties ne mettent rien en commun : — le contrat est innommé : le juge doit avoir égard aux circonstances et prononcer d'après l'équité (4).

SECTION PREMIÈRE.

DES RÈGLES COMMUNES AUX BAUX DES MAISONS ET DES BIENS RURAUX.

Les baux des maisons et ceux des biens ruraux ont des règles

(1) Décret du 18 mai 1806 et du 30 décembre 1809 ; Duvergier, n. 78 ; Troplong, n. 90 et 91.
(2) Dur, t. 17, n. 218. Duvergier, n. 33, t. 1er ; Marcadé, art. 1713 ; Troplong, n. 22.
(3) Caius, Instit., liv. 3, c. 146 ; Troplong, n. 23.
(4) Pothier, Louage, n. 459, 491, 495; *Voy.* les espèces rapportées par Duvergier, n. 247 et suiv.

qui leur sont communes et d'autres qui leur sont particulières ; en conséquence, la loi divise ce titre en trois sections (1) ;

La première traite des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux ;

La deuxième comprend les règles particulières aux baux à loyer ;

La troisième est relative aux baux à ferme.

Le louage, comme la vente, est parfait par le seul consentement des parties ; il peut dès lors se former de la même manière ; c'est-à-dire, par écrit ou verbalement.

Lorsqu'il existe un écrit, aucune difficulté ne s'élève : la preuve du bail est constante. — Lorsqu'il n'a pas été dressé d'acte, on ne peut, si le bail n'a reçu aucune exécution, en établir la preuve par témoins, encore que le prix n'excède pas 150 fr. ; seulement, le serment peut être déféré à la partie qui nie le bail (1715).

Bien que l'existence du bail soit reconnue, des contestations peuvent s'élever sur le prix : les précédentes quittances font alors pleine foi. — A défaut de quittances, le propriétaire est cru sur son serment, à moins que le preneur ne demande une expertise ; auquel cas, les frais restent à sa charge, si l'estimation est au-dessus du prix par lui déclaré (1716).

Le preneur peut sous-louer, et même céder son bail, lorsque cette faculté ne lui a pas été interdite (1717) (*voyez* toutefois art. 1763).

Les parties peuvent subordonner le bail à une condition : libre à elles, par conséquent, d'étendre ou de restreindre les droits et les obligations qui résultent des textes, soit en faveur du bailleur, soit en faveur du preneur.

Le bailleur est soumis à trois obligations principales ; il doit :

1° Livrer au preneur la chose louée, en bon état de réparations de toute espèce (1719, 1720).

2° Entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée (1719) ; ce qui emporte l'obligation de faire toutes les réparations nécessaires autres que les locatives (1720). — Lorsque ces réparations sont urgentes, le preneur est même tenu de les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, à moins qu'elles ne rendent complétement inhabitable ce qui lui est indispensable pour se loger. — Si les travaux ont duré plus de quarante jours, il peut exiger une indemnité (1724).

3° Faire jouir paisiblement le preneur, pendant la durée du bail

(1) Le législateur ne s'est pas toujours conformé à la classification qu'il a tracée : nous verrons, en effet, que certaines dispositions se trouvent comprises dans des sections auxquelles elles n'appartiennent pas : ainsi, l'art 1736, placé dans la section des règles communes, est relatif aux baux des maisons. — Les art. 1763 et 1764 ne concernent pas les baux à ferme proprement dits.

(1717) : par conséquent, il ne peut changer la forme de la chose louée (1723); il est soumis à la garantie des vices ou des défauts de la chose qui en empêchent l'usage; il doit, sous certaines distinctions, indemniser le preneur de toutes les pertes que ces vices ou défauts lui ont causées (1721); enfin, il est tenu de garantir le preneur du trouble de droit : mais il n'est point garant du trouble de fait (1725, 1726, 1727).

Par suite de ce même principe, la loi décide que le bail cesse de plein droit, si la chose périt en totalité; et que le preneur peut, si la perte n'est que partielle, demander, suivant les circonstances, ou la résolution du bail, ou une diminution de prix (1722).

Deux obligations principales sont imposées au preneur; il doit :

1° Payer le prix du bail aux termes fixés.

2° User de la chose en bon père de famille, et selon la destination qui lui a été donnée expressément ou tacitement (1728).—Concluons de là : 1° qu'il est tenu, à la fin du bail, de rendre la chose dans l'état où il l'a reçue (1730). Lorsqu'il n'a pas été dressé d'état de lieux, il est censé avoir reçu la chose en bon état de réparations locatives (1731); — 2° qu'il répond des dégradations ou des pertes survenues pendant sa jouissance (1732, 1735); mais il est admis à prouver qu'elles ont eu lieu sans sa faute. — En cas d'incendie, il semble résulter du texte que le preneur ne peut se justifier qu'en établissant l'une de ces quatre causes : cas fortuit, force majeure, vice de construction, communication du feu par une maison voisine (1733). — S'il y a plusieurs locataires, comme chacun d'eux est présumé en faute, la loi les déclare solidairement responsables, en réservant toutefois à celui contre qui les poursuites sont dirigées, la faculté de prouver que le feu n'a pu commencer chez lui, ou qu'il a commencé chez tel ou tel locataire (1734).

Voyons maintenant qu'elle est la durée du bail; on distingue : le bail a été fait *par écrit* ou il a été fait *sans écrit;* ou plutôt *sa durée est déterminée* ou *les parties n'ont pas fixé de terme :*

Au premier cas, le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme, sans qu'il soit nécessaire de donner congé (1737). — Néanmoins, si le preneur est laissé en possession, il s'opère une *tacite réconduction*, dont l'effet, quant à la durée, est soumis aux règles relatives aux locations faites sans écrit (1738, 1740);—mais la tacite réconduction ne s'opère pas, lorsqu'il y a eu un congé signifié, encore que la jouissance du preneur ait continué (1739) ; car l'intention de renouveler le bail ne peut plus se supposer.

Au deuxième cas, les parties sont censées vouloir s'engager pour un temps indéfini : le bail dure jusqu'à ce que l'une d'elles ait manifesté à l'autre, par un congé signifié un certain temps d'avance, la volonté d'y mettre fin (1736) (*voyez* toutefois, pour les baux à ferme, les art. 1774 et 1775).

Le bailleur conserve la faculté de vendre la chose louée, s'il en est propriétaire; mais l'acquéreur doit respecter le bail, lorsqu'il est constaté par un acte ayant date certaine, à moins que le vendeur ne se soit réservé la faculté d'expulser le preneur (1743).

Bien que la réserve dont il s'agit ait été stipulée, le preneur peut, avant de quitter les lieux, exiger de l'acquéreur une indemnité. — Pour en fixer le montant, la loi fait plusieurs distinctions (*voyez* art. 1745, 1746, 1747 1748 et 1749).

Lorsque l'acte n'a pas date certaine, le preneur ne peut se faire indemniser (1750).

L'acquéreur qui veut user de la faculté d'expulser le preneur, doit l'avertir un certain temps d'avance, suivant l'usage des lieux : — Quand il s'agit de biens ruraux, le délai est d'une année au moins (1748).

Lorsque la vente a été faite avec faculté de rachat, le preneur ne peut être expulsé avant l'expiration du terme fixé pour le réméré (1751).

Le bail finit :

Par le consentement mutuel des parties, sauf toutefois le droit des tiers;

Par l'expiration du temps convenu pour la durée de la jouissance (1736, 1739, 1758, 1759, 1776);

Par la perte de la chose louée (1722, 1741);

Par la résolution du droit du bailleur, mais dans certains cas seulement;

Par la consolidation, c'est-à-dire, lorsque le preneur devient héritier, donataire, légataire ou acquéreur de la chose louée; *aut vice versâ.*

Enfin, lorsque le bailleur ou le preneur n'exécutent pas leurs engagements (1184, 1741, 1729, 1706).

Le juge saisi d'une demande en résolution, fondée sur le retard apporté par l'une des parties à remplir ses engagements, peut, suivant les circonstances, accorder au défendeur un délai de grâce (1184, art. 3).

Exceptons le cas où un pacte commissoire aurait été stipulé : appliquez au louage, ce que nous avons dit à cet égard sur la vente (art. 1656).

Nous verrons, art. 1714 à 1718, comment se forme et se prouve le contrat de louage;

Art. 1719 à 1727, quelles sont les obligations du bailleur;

Art. 1728 à 1735, quelles sont celles du preneur;

Les art. 1736 et suivants déterminent l'époque de l'expiration du bail et les causes de résolution.

Forme et preuve du bail.

1714 — On peut louer ou par écrit, ou verbalement (1).

= On peut faire des promesses de louer, obligatoires pour l'une et l'autre partie ou pour l'une d'elles seulement : tout ce que nous avons dit à cet égard sur la vente s'applique au louage (*Voyez* art. 1589, (2).

Bien que le contrat de louage se forme par le seul consentement, l'usage accorde aux parties la faculté de se dédire dans un certain délai : ce délai varie suivant les localités. Le terme expiré sans qu'il y ait eu de réclamation, le contrat est définitivement conclu.

Le principe établi par cet article est général; il s'applique au louage d'ouvrage comme au louage des choses (meubles ou immeubles).

1715 — Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, *et quoiqu'on allègue qu'il y ait eu des arrhes données* (3).

Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail.

= Le bail est parfait par le seul consentement : on peut en établir la preuve par tous moyens de droit : notamment, par un acte soit authentique, soit sous seing privé : dans ce dernier cas, l'acte doit être passé en double original (4), puisqu'il constate une convention synallagmatique (1325). — La loi déroge, en ce qui concerne les baux des maisons et ceux des biens ruraux, aux principes généraux établis sur la preuve testimoniale : L'art. 1341 admet ce genre de preuve, même sans commencement de preuve par écrit, lorsque l'objet de la dette n'excède pas 150 fr. : tandis qu'aux termes de l'art. 1715, si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, la preuve ne peut être reçue par témoins, *quelque modique* qu'en soit le prix : c'est-à-dire, lors même que le montant des termes du loyer annuel, pour toute la durée du bail, serait au-des-

(1) Cette règle est commune à tous les baux; à ceux des meubles comme à ceux des immeubles, même au louage d'ouvrage : pourquoi donc l'avoir placée sous la rubrique des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux ? Pourquoi ne pas l'avoir comprise avec plusieurs autres, dans une section particulière qui aurait été consacrée à des dispositions générales ? L'art. 1714 ne fait qu'énoncer un principe de droit commun.

(2) Duvergier, n. 43, et Troplong, n. 121 et suiv.

(3) Addition inutile : on ne voit pas pourquoi l'allégation qu'il y a eu des arrhes données, autoriserait plutôt la preuve par témoins en matière de louage que lorsqu'il s'agit de toute autre convention. Il s'agit d'une question d'intention. (Dijon 15 janvier 1845. Pal. 1845, 2,582.

(4) Cass. 2 juillet 1849. D. p. 49, 1. 175

sous de 150 fr. (1). Pourquoi cette modification ? Le but du législateur a été de prévenir une multitude de petits procès qui auraient pu s'élever, dans les villes surtout, où les baux se font ordinairement sans écrit, quand il s'agit d'appartements de faible importance. « Cette innovation, a dit M. Jaubert, rapporteur du tribunat, nous a paru sage ; surtout, elle sera utile pour cette classe nombreuse qui ne peut louer que des objets d'une valeur modique ; un procès est leur ruine : il faut tarir la source de ces procès, en proscrivant dans cette matière la preuve testimoniale. » (Fenet, t. 14, p. 531.)

Les promesses de bail faites sans écrit, doivent être assimilées aux locations réelles non encore exécutées ; par conséquent, elles sont soumises aux règles qui nous occupent.

Que devrait-on décider, s'il existait un commencement de preuve par écrit ? « L'art. 1715, disent quelques auteurs, modifie seulement la disposition de l'art. 1341, qui permet d'admettre la preuve testimoniale sans commencement de preuve lorsque l'objet est de 150 fr. ou au dessous ; il n'abroge pas les autres règles générales sur la preuve des conventions. Le commencement de preuve par écrit fait naître une vraisemblance qui peut être élevée par témoins à une certitude légale : ces règles doivent recevoir leur application, lorsque les parties n'ont pas exprimé la volonté de s'en écarter (2). » Mais ce système est repoussé par la jurisprudence : on remarque avec raison, que le commencement de preuve ne modifie pas le caractère du bail, et que la disposition spéciale de l'art. 1715, conçue en termes absolus, ne souffre aucune exception. Cet article, nous le répétons, déroge aux art. 1341 et 1347 : à l'article 1341, puisque la preuve par témoins d'un bail fait par écrit ne peut être admise, même lorsque le prix est inférieur à 150 fr,—à l'art. 1347, car on ne peut supposer, qu'après avoir interdit la preuve testimoniale en cette matière, lorsqu'il s'agit de la somme la plus minime, le législateur ait entendu admettre ce genre de preuve pour des sommes considérables, à la seule condition de produire un commencement de preuve par écrit : en effet, tous les inconvénients qu'on a voulu éviter se représenteraient. — La raison suivante donnée par Troplong, nous semble péremptoire : « En admettant la preuve testimoniale, lorsqu'il y a un commencement de preuve, pour une somme supérieure à 150 fr., le Code assimile ce cas à celui où la valeur de l'objet est inférieure à 150 fr. ; or, l'art. 1715 porte, que si le bail est fait sans écrit, la preuve d'une location au-dessous de 150 fr. ne peut être reçue par témoins ; donc cette prohibition s'étend au cas où le demandeur se fonderait sur un commencement de

(1) Duvergier, n. 15. Troplong, n. 116. Paris, 6 avril 1825. Bruxelles, 20 novembre 1810.
(2) Delv., t. 3, p. 187, n. 1. Duvergier, n. 267 et 491. Zach., t. 3, p. 6.

preuve pour obtenir l'exécution d'un bail qui s'élèverait à une somme supérieure (1). »

Que doit-on décider, si un événement de force majeure a occasionné la perte de l'acte ? Il faut appliquer alors l'art. 1348, 4o; mais à charge par le réclamant, d'établir qu'un acte a été réellement dressé : il ne s'agit point d'une exception à la règle prohibitive de l'article qui nous occupe, puisque cet article ne statue que sur le cas de bail fait sans écrit.

La dation d'arrhes n'a point pour effet de rendre la preuve testimoniale admissible ; car il y a toujours lieu de rechercher si les arrhes ont accompagné une convention de bail actuellement formée, ou une simple promesse ; en d'autres termes, si elles sont données comme denier à Dieu, ou comme indice de la faculté de se dédire : — Autoriser, sous ce prétexte, la preuve du bail par des témoignages, c'eût été d'ailleurs procurer le moyen d'éluder la règle.

Observons, que la preuve testimoniale seule est interdite : La partie qui invoque le bénéfice du bail a donc la faculté de déférer le serment à celle qui nie l'existence de ce contrat. — L'article 1715 est sous ce rapport en parfaite harmonie avec l'article 1358, lequel porte que le serment décisoire, peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

Nous déciderons par suite, que les parties peuvent se faire interroger sur faits et articles (324, Pr.) (2).

De ce que l'art. 1715 ne prohibe la preuve testimoniale que pour le bail non exécuté, doit-on conclure qu'il admet implicitement ce genre de preuve, pour établir que le bail a reçu un commencement d'exécution ? Par exemple : si le locataire prétend avoir apporté quelques meubles dans la maison; si le bailleur soutient que le preneur a commencé à emménager et qu'il a déménagé peu de temps après, ou s'il y a eu des actes de culture, le demandeur peut-il être admis à la preuve testimoniale de ces faits, pour arriver à conclure que le bail existe ?

(1) Troplong, Louage, t. 1, n. 112. Dur, t. 17, n. 54. Marcadé, art. 1716. Curasson, Comp., p. 278 ; Rouen ; 18 février et 19 mars 1841. Dev. 1841, 2, 467. Pal. 1841, 2, 263. Caen, 23 mars 1840. Dev, 1840, 2. 263. Pal, 41. 2, 267. Rennes, 19 juin 1810. Bordeaux, 8 avril 1842. Pal., 1842, 2, 15. Cass. 10 mai 1832. Dal., n. 120.

(2) Dur.,t. 17, n. 53. Carré, Quest., 122, 66. Pr., t. 2, p. 49. Berriat. Pr., p. 302. Marcadé, art. 1716. Duvergier, n. 257. Bruxelles, 13 février 1813. Rouen, 5 juin 1345. Cette opinion est combattue par Troplong, n. 3. « L'art. 1715, dit ce jurisconsulte, porte que le serment peut *seulement* être déféré à la partie qui nie le bail ; il procède par voie limitative : il déroge par conséquent, à la règle générale de l'art. 324, Pr. On a voulu resserrer la preuve dans une présomption unique, pour diminuer les causes de procès ; or, ce serait aller contre ce but, que d'ouvrir d'autres voies à la demande : « Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail, » a dit M. Jaubert, rapporteur du Tribunat (*voy.* p. 351). » *Voy.* en ce sens un arrêt de Rennes du 6 août 1813. — L'expression, *seulement*, dont Troplong argumente, nous paraît trop vague pour caractériser une exception : elle se réfère à la proposition précédente, qui proscrit la preuve testimoniale et non point à l'interrogatoire sur faits et articles, dont il n'est pas même question dans l'art. 1715,

1re *opinion* : La preuve testimoniale doit être admise tant au-dessus qu'au-dessous de 150 fr., pour établir l'exécution, et par suite l'existence du bail : il s'agit d'un fait ; ou plutôt d'une série de faits dont les parties n'ont pu se procurer la preuve écrite 1348 (1). Le texte, d'ailleurs, est précis : la preuve par témoins de l'*existence* du bail est interdite ; donc, *à contrario*, la preuve du commencement d'exécution est permise, puisque la loi ne s'y oppose pas.

« Cet argument n'a aucune valeur, répond Toullier (t. 9, n° 33), parce qu'il a pour résultat de faire dire à un article le contraire de ce qui est dit dans un autre : en effet, il est repoussé par l'art. 1716, suite et complément de l'art 1715 : loin d'admettre la preuve testimoniale pour établir l'une des conditions essentielles du contrat, lorsque l'exécution a commencé, cet article veut que le propriétaire en soit cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire, demander l'estimation par experts. »

2e *opinion* : Lorsque le prix est au-dessous de 150 fr., le fait de commencement d'exécution peut-être établi par témoins, même sans commencement de preuve ; tel est le droit commun. — Si le prix du bail excède cette somme, la preuve testimoniale est inadmissible, lors même que le demandeur représente un commencement de preuve par écrit. — A cet égard, il ne suffit pas que le prix annuel du bail ne s'élève qu'à 150 fr. ; il faut considérer la somme des loyers pour toute la duree du bail (2).

3e *opinion* : La preuve testimoniale de l'exécution d'un bail est inadmissible au-dessous comme au-dessus de 150 fr., lors même qu'il existe un commencement de preuve par écrit : le *texte* et *l'esprit de la loi* repoussent toute distinction : — le *texte*, car les mots : « quelque modique qu'en soit le prix, » expriment une règle générale ; — *l'esprit de la loi*, car si la preuve testimoniale est proscrite, quand il s'agit de déterminer le prix (1716), condition principale du bail, comment admettre que l'on puisse, par cette voie, établir l'existence même du bail ? — Pour saisir le sens de l'article 1715, il faut combiner cet article avec l'art. 1716 : L'un suppose que le bail n'a reçu aucune exécution et qu'il est nié ; il déclare que la preuve ne peut avoir lieu par témoins. — L'autre suppose que l'existence du bail est reconnue ; que l'exécution n'est pas contestée ; mais que des difficultés s'élèvent sur la quotité du prix : il détermine pour ce cas un mode particulier de preuve : le serment déféré au propriétaire, si mieux n'aime le preneur, avoir recours à une expertise.

Telle est l'analyse exacte des art. 1715 et 1716 : Elle résulte, au

(1) Dur, t. 17, n. 5e. Rolland, Rép., vo Bail, n. 164. Nîmes, 14 juillet 1810, 22 mai 1819. Liége, 18 décembre 1838.

(2) Troplong, t. 1er, n. 113. Delv., p. 188, n. 3. Bruxelles, 20 novembre 1810. Paris, 6 avril 1825. Grenoble, 14 mai 1825. Limoges, 30 juillet 1836. Dev., 1836, 2, 427. Bordeaux, 26 novembre 1826 et 19 janvier 1827. Reims, 1er août 1836. Dev., 1838, 2, 125. Dall., n. 129.

surplus, du passage suivant du rapport au Tribunat : « Quand un bail prétendu fait sans écrit n'aura reçu aucune exécution, *s'il est désavoué* par l'une des parties, et que sur le serment à elle déféré, elle affirme n'avoir point contracté, le bail sera regardé comme non avenu. — Si le bail n'était pas désavoué, mais qu'il y eût contestation sur le prix, il faudrait s'en rapporter, à cet égard, au serment du bailleur, dont le preneur aurait suivi la foi, en entrant en possession de la chose louée, sans avoir réglé par écrit les conditions du bail. » (Fenet, t. 14, p. 322 et 223).

Il nous paraît donc évident qu'en parlant d'exécution du bail, l'art. 1716 suppose que l'exécution n'est pas déniée : admettre à prouver par témoins des faits considérés comme commencement d'exécution d'un bail verbal, ce serait admettre la preuve testimoniale du bail lui-même, preuve expressément interdite par l'article 1715. Loin de se contredire, les art. 1715 et 1716 s'expliquent l'un par l'autre; ils sont dominés par un même principe (1).

Nous n'entendons pas dire, assurément, que l'une des parties ne peut, dans aucun cas, établir par témoins certains faits considérés en eux-mêmes, pour en tirer des conséquences susceptibles de légitimer un droit quelconque; par exemple, qu'elle est fondée à réclamer une indemnité : il s'agit uniquement alors, de prouver un fait d'indue possession et jouissance, susceptible de donner lieu aux obligations qui naissent d'un quasi-contrat. — Mais, nous le répétons, dans aucun cas, on ne peut induire de ces faits l'existence d'un bail s'il est dénié : en pareille matière, la loi prohibe d'une manière absolue la preuve testimoniale.

Lorsque les faits présentés comme exécution du bail sont avoués, ou lorsque le bail est reconnu, si des difficultés s'élèvent sur certaines conditions du contrat autres que la quotité du prix, peut-on établir par témoins la preuve de ces conditions ? Les conditions d'un bail ne sont autre chose que le bail lui-même ; par conséquent, cette question se trouve résolue par les développements qui précèdent. — Reconnaissons dès lors, que l'on doit appliquer ici l'art. 1715 ; en d'autres termes, que la contestation élevée sur les conditions du bail ne peut être l'objet de la preuve testimoniale, et qu'il n'y a pas lieu de distinguer si le prix du bail est au-dessus ou au-dessous de 150 fr. (2).

(1) Duvergier, n. 258 et suiv. Marcadé, art. 1716. Toullier, t. 9. n. 32. Cass. 14 janvier 1840. Dev., 1840, 1, 5. Dall., n. 131. Pal., 1840, 2, 258. Rouen, 22 juin 1342. Dev., 1843, 2, 29. Bourges, 2 mai 1825. 19 mai 1842. Dev., 1843, 2, 31. Bordeaux, 29 novembre 1826. 19 janvier 1827. Montpellier, 1er septembre 1830. Bruxelles, 20 novembre 1810. Paris, 6 avril 1825. Limoges, 30 juillet 1826. Dev., 37, 2, 47. Nîmes, 1er août 1836. Dev., 1838, 2, 125. Cass. 23 mars 1842. Dev., 1842, 1, 459. Caen, 31 janvier 1843. D., p. 43, 2, 151. Dall., n. 144. Cass. 3 janvier 1848. D., p. 48, 1, 26. Lyon 22 novembre 1854. D., p. 56, 2. 167.

(2) Duvergier, n. 258, 263 et 264. Rolland, v° Bail, n. 107. Delv., p. 188, n. 3. Toullier, t. 9, n. 33. Bruxelles, 9 décembre 1826. Grenoble, 4 mai 1825. Paris, 6 août 1825. Cass. 10 mars 1832. Colmar, 15 mars 1843. Dall., n. 142. Pal, 1844; 1, 398. Bordeaux, 8 avril 1842.

— Les art. 1715 et 1716 sont-ils applicables au louage des choses mobilières ? ⟡ Dans la pensée primitive des rédacteurs, ces articles étaient destinés comme l'art. 1714 à régir tous les baux quelque fut leur objet et leur importance : Mais sur les observations critiques de M. Regnaud, conseiller d'État, la rubrique du chapitre a été changée ; les art. 1715 sont devenus des exceptions : par conséquent il faut en restreindre l'application aux baux des maisons et des biens ruraux. En matière exceptionnelle, on ne peut raisonner par analogie : ainsi, un marchand pourrait prouver par témoins, qu'il a donné des meubles en location (1).

1716 — Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts; auquel cas, les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré.

= Des contestations peuvent s'élever sur le prix du bail dont l'exécution a commencé : pour les terminer, on se réfère aux précédentes quittances; à défaut de quittances, ou si le preneur refuse de représenter celles qui lui ont été données, le propriétaire est cru sur son serment : ainsi, la preuve testimoniale n'est pas admise (2).

Le serment est déféré au bailleur, parce qu'il a en général plus de titres à la confiance de la justice.

La loi réserve au preneur la faculté de se soustraire au danger de ce serment, en demandant une expertise : si l'estimation excède le prix par lui déclaré, les frais sont à sa charge; si elle est moindre, le propriétaire les supporte.

Quid, si l'estimation, bien qu'excédant le prix déclaré par le preneur, se rapproche néanmoins beaucoup plus de cette déclaration que de celle du bailleur ? Suivant Duranton (n° 58), les frais sont supportés en commun : mais cette modification ne peut être admise

Dall., n. 142. Pal., 1842, 2, 95, 18 juin 1839. Pal., 1839, 2, 552. — Troplong, n. 118 et suiv. et Marcadé sur les art. 1715, 1716, n. 3. distinguent entre les conditions pour lesquelles la loi, à défaut de stipulations, se réfère aux usages locaux, telles que la durée et l'époque des payements, et les autres conditions qui dépendent uniquement des conventions : Ils pensent que les premières doivent se régler conformément aux usages, et que la preuve testimoniale des secondes ne peut être admise qu'autant que le prix du bail est inférieur à 150 fr. *Voy.* en ce sens Nîmes, 14 juillet 1810 et 22 mai 1819. Limoges, 30 juillet 1836. Dev. 1836, 2, 325. Ce système est arbitraire : la loi ne se réfère aux usages que pour fixer les époques de payement du loyer et celles du congé. Quant à la distinction admise eu égard à l'importance du loyer, elle n'a, selon nous, aucune base juridique; la loi prend soin de régler ce cas. *Voy.* Dev., notes sur un arrêt de cass. 14 janvier 1840. Dev. 1840, 1, 5. Dalloz nr 140.

(1) Duvergier, t. 1, n. 12 et suiv. ; t. 2, n. 227. Troplong, n. 110. Dur, t. 17, n. 52. Delv, t. 3, p. 187, n° 2.

(5) Troplong, n. 117. Nîmes, 6 juin 1823.

en présence des termes absolus de l'art. 1716 : cet article met formellement les frais de l'expertise à la charge du preneur, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré : *dura lex sed lex*.— Du reste, le preneur pourra facilement échapper à la rigueur de la loi, en se bornant à demander que le prix soit réglé par experts, sans déterminer de prix.

Les parties peuvent convenir, dans le contrat, de s'en rapporter, pour la détermination du prix, aux lumières d'un expert désigné : si cet expert n'accepte pas, pourra-t-on faire nommer un autre expert par le tribunal? Pothier (nº 37) se prononce pour l'affirmative : « Cette décision, dit-il, doit surtout avoir lieu, si le preneur est déjà entré en jouissance, ou si le terme pour y entrer est si prochain et si imminent, que le locataire ne puisse facilement trouver à louer à d'autres, ou le preneur se pourvoir d'une autre maison ou ferme.»

Nous pensons que cette opinion doit être admise sous le Code, surtout, si rien ne démontre que l'expert ou les experts désignés ont été l'objet d'une confiance spéciale (*Voyez*, au surplus, nos observations sur l'art. 1592) (Troplong, nº 3; Duvergier, nº 105).

Il nous reste à faire observer que les dispositions de l'art. 1716, relatives à la fixation du prix, reçoivent leur application dans tous les cas où l'existence du bail résulte soit de l'aveu des parties, soit d'un commencement d'exécution, soit de toute autre circonstance.

1717 — Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite.

Elle peut être interdite pour le tout ou en partie ;
Cette clause est toujours de rigueur.

= En général, chacun peut disposer librement de ses droits; la loi maintient ce principe, en matière de louage : elle reconnait au preneur la faculté de sous-louer et même de céder son bail.

Le sous-locataire ou le cessionnaire doit jouir comme le principal locataire ou le fermier aurait joui lui-même. Par exemple, il ne peut convertir en auberge, une maison qui n'a pas reçu cette destination, ou établir une forge dans un appartement. La position du bailleur ne doit pas être aggravée par le fait du preneur.

Sous-louer et *céder* un bail sont des opérations distinctes; il importe de signaler succinctement quelques-unes des différences qui existent dans leurs effets : la cession consiste dans la transmission de tous les droits et de toutes les obligations du cédant : la sous-location constitue une location nouvelle; elle est soumise, sauf toutes stipulations particulières, aux règles générales du louage.—Celui qui sous-loue, est considéré comme bailleur; il doit donc indemniser le sous-locataire, si la moitié d'une récolte vient à périr par cas fortuit

(1969) : le cédant ne doit personnellement aucune indemnité ; le cessionnaire peut seulement agir contre le propriétaire. — Les effets apportés par le sous-locataire sont affectés au privilége de son bailleur pour le payement du prix de la sous-location (2102) ; toutefois sous la restriction contenue dans l'art. 1753 (1) : le cédant ne jouit pas du même avantage pour le payement du prix de la cession ; il n'a d'autres droits que ceux d'un créancier ordinaire. — Le cessionnaire prend la chose dans l'état où elle se trouve au moment de la cession : le sous-locataire peut exiger qu'elle lui soit livrée en bon état de réparations de toute espèce (1720).

Relativement au propriétaire de la chose louée, la sous-location diffère de la cession sous plusieurs rapports : le sous-locataire ne devient pas locataire du propriétaire ; il n'a point d'action directe contre ce dernier, puisque le preneur n'a pas transmis ses droits : le cessionnaire, est admis à exercer contre le propriétaire les droits et actions du cédant. — Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location (1753) : le cessionnaire est soumis à toutes les obligations du cédant, ou pour une part proportionnelle, lorsqu'il n'a obtenu qu'une cession partielle. — Le sous-locataire n'est pas tenu de subir les restrictions au droit commun que le locataire originaire a acceptées ; d'un autre côté, il ne peut se prévaloir des extensions que ce dernier a stipulées du propriétaire : le cessionnaire est aux lieu et place du cédant.

Inutile de dire que le preneur originaire n'est point affranchi, par la cession ou la sous-location, des engagements qu'il a contractés envers le propriétaire ; qu'il est personnellement responsable des dégradations commises par le cessionnaire ou le sous-locataire ; qu'il continue d'être tenu du prix stipulé par le propriétaire ; qu'il ne peut même exiger la discussion préalable des biens du cessionnaire ou du sous-locataire ; en un mot, que le preneur peut améliorer la position de son bailleur, mais qu'il ne peut l'aggraver (*voyez* art. 1753).

La faculté de céder ou de sous-louer, peut être interdite au locataire par une clause du bail : dans notre ancien droit, cette stipulation était respectée moins rigoureusement pour les baux à loyer que pour les baux à ferme : son unique effet, quand il s'agissait d'un bail à loyer, était d'autoriser le bailleur à demander la résiliation du bail, si les circonstances démontraient qu'il avait intérêt à ce que sa maison fut habitée par une personne plutôt que par une autre : aujourd'hui, elle doit être sérieusement appliquée aussi bien dans les baux des maisons, que dans ceux qui ont pour objet des biens ruraux. Les mots : *cette clause est toujours de rigueur*, ont pour but de rappeler aux tribunaux, que les conventions

(1) Cass., 2 avril 1806. Paris, 2 février 1863. Amiens, 10 avril 1839. Dall. n. 430. Toulouse, 5 février 1845. D., p. 45, 2, 80.

sont la loi privée des parties et qu'il faut s'y conformer, abstraction faite de toute considération tirée de l'intérêt, soit du bailleur, soit du preneur. Vainement le preneur alléguerait-il qu'il ne peut exploiter par lui-même certains biens compris dans la propriété dont on lui a passé bail, par exemple, un moulin, un four à chaux : il ne sera pas moins obligé de payer le prix du bail en totalité, aux époques convenues, sans pouvoir se donner un sous-locataire, si cette faculté lui a été interdite (1).—Bien plus, il a été jugé que le preneur ne peut tenir ou loger des pensionnaires, lorsqu'une clause de son bail lui interdit de sous-louer en tout ou en partie (2).

Au surplus, par cela-même, que la clause est rigoureuse, on doit restreindre ses effets aux cas expressément prévus : nonobstant la défense de céder ou de sous-louer, le preneur pourrait, sans nul doute, se faire aider par des personnes gérant sous sa responsabilité et même prêter gratuitement les lieux loués. —Assurément, il sera facile de déguiser de véritables sous-locations ou cessions, sous l'apparence de concessions gratuites ; mais c'est au bailleur à s'éclairer : le danger de la fraude n'est pas une fin de non-recevoir contre l'exercice d'un droit. D'ailleurs, le prêt n'a pas les mêmes inconvénients que la sous-location; car d'une part, il est en général d'une plus courte durée; d'autre part, l'emprunteur use de la chose avec plus de réserve que le preneur. — Le tribunal prononcera donc eu égard aux circonstances.

« Dans l'exactitude des principes, disait le consul Cambacérès, le locataire a le droit de jouir des lieux dans toute la latitude qui appartient au propriétaire lui-même, à moins qu'une clause particulière ne limite ce droit; il est seulement responsable de l'usage qu'il en fait (Fenet, 2, 14, p. 236) (3). » — Cette clause ne peut donc subir ni restriction, ni extension.

Si le preneur cède son bail ou sous-loue, nonobstant la clause qui lui interdit cette faculté, la résolution a-t-elle lieu de plein droit? La cour de Colmar s'est prononcée pour l'affirmative, en se fondant sur ces mots de l'art. 1717 : la clause est toujours de rigueur : mais cette décision repose sur une fausse entente du texte : la loi ne dit pas que l'infraction porte nécessairement et de plein droit résiliation; mais que la *prohibition* est de rigueur : il faut, par conséquent, appliquer ici les principes généraux consacrés par l'art. 1184, sur la résolution du contrat en cas d'inexécution par l'une des parties, et décider que les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, admettre la demande, la rejeter, ou accorder au preneur un délai pour expulser le ces-

(1) Duvergier, Louage, n. 362. Troplong, n. 132. Merlin, Rép., v° Bail, § 9, n. 6. Cass., 12 mai 1817. Colmar, 16 août 1816. Lyon, 26 décembre 1849. D., p. 50, 2, 30. *Voy.* cep., Paris, 16 février 1822.

(2) Douai, 7 avril 1842. Pal, 1842, 2, 70.

(3) Marcadé, art. 1717. Troplong, n. 136. Nancy, 12 juin 1840. Bordeaux, 11 janvier 1826. *Voy.* cep., Duvergier, n. 367.

sionnaire ou le sous-locataire. Le but de la loi, nous le répétons, est de rappeler que la convention n'est plus, comme autrefois, réputée simplement comminatoire. — Du reste, le bailleur peut faire produire à la prohibition, au moyen d'une clause commissoire, un effet immédiat et irrévocable en cas de contravention : le seul fait de cession ou de sous-location résout alors le contrat ; la mission du juge se borne à constater ce fait (1).

Le propriétaire est non recevable à demander la résiliation, s'il a approuvé la cession ou la sous-location. — L'approbation peut être expresse ou tacite : on donne pour exemple d'approbation tacite, le cas où le bailleur recevrait directement du sous-locataire ou du cessionnaire le prix du bail, et celui où il se serait fait payer, en vertu de l'art. 2102, sur le prix des choses qui garnissaient la maison louée ou cédée (2) ; — mais le silence gardé par le bailleur n'emporte pas nécessairement renonciation tacite à la clause prohibitive (3).

L'interdiction de *sous-louer* en tout ou en partie emporte toujours celle de faire une cession partielle ; car la cession confère des droits plus étendus que la sous-location : or, celui qui ne peut faire moins ne saurait faire plus (4).

La prohibition de céder en tout ou en partie, sans autre explication, emporte-t-elle celle de sous-louer ? En déclarant qu'il interdit le plus, disent quelques auteurs, le propriétaire ne manifeste pas la volonté de défendre le moins ; d'ailleurs, le fermier fait souvent acte de bonne administration, en sous-louant une partie des terres affermées (5). — Mais l'opinion contraire a dû prévaloir en jurisprudence : la défense de céder est presque toujours dictée par le désir que la chose ne sorte pas des mains du preneur ; or, la sous-location entraîne une cession de jouissance (6). — Au reste, le juge doit rechercher qu'elle a été la pensée des parties ; il s'agit d'une question d'interprétation : le propriétaire peut vouloir que son locataire dirige l'exploitation d'un héritage, sans entendre pour cela lui refuser la faculté de passer bail à un autre.

Le preneur peut-il céder ou sous-louer pour partie, si l'acte porte qu'il ne pourra céder ou sous-louer, sans exprimer qu'il ne pourra faire de cession ou de sous-location partielle ? — La prohibition ainsi

(1) Dall., n. 458. Duvergier, n. 370 et 371. Troplong, n. 169 et 130. Dur, n. 86. Lyon, 6 juin 1821, 16 décembre 1825. Rennes, 22 février 1830. Cass. 12 février 1812, 12 mai 1817, 13 décembre 1820, 29 mars 1837. Dev., 1837, 1, 613. Besançon 8 juin 1854. D. p. 55. 2. 255.

(2) Delv., t. 3, p. 192. Dur., t. 17, n. 89. Duvergier, n. 372. Lyon, 3 mai 1837. Dall., n. 476.

(3) Rennes, 22 février 1830.

(4) Troplong, n. 133. Dur, n. 92. Duvergier, n. 375. Paris, 28 août 1824, 28 mars 1829 Amiens, 22 juin 1822.

(5) Dur, t. 17, n. 93. Dall., v° Louage, n. 6. Curasson, Compet., p. 283. Amiens, 24 mai 1817.

(6) Duvergier, n. 376 et suiv. Troplong, n. 134. Dall., Louage, n. 479. Merlin, Rép., v°. Sous-Location, n. 1 ; v° Bail, § 9, n. 6. Paris, 28 août 1824, 24 février 1825, 18 mars 1826, 28 mars 1829, 6 mai 1835. Dev., 1835, 2, 305. Amiens, 22 décembre 1825.

conçue nous paraît absolue (1): mais il en serait autrement, si l'on avait dit : Le preneur ne pourra sous-louer *en totalité*: l'addition de ce mot, indiquerait la pensée de laisser au preneur la faculté de faire des cessions ou des sous-locations partielles. — Comme on le voit, le juge doit prononcer eu égard aux circonstances (2).

La résiliation du bail principal entraine-t-elle celle des sous-baux? (*Voyez* art. 1744, quest.)

— La clause portant que le preneur pourra sous-louer *à qui il lui plaira*, lui donne-t-elle le droit de sous-louer à des personnes qui, à raison de leur profession, doivent changer la destination de la maison louée ? ~~ Les parties se sont exprimées ainsi, dit Pothier (n. 281), uniquement afin de ne laisser aucun doute sur le droit de sous-location : l'obligation de ne pas faire servir la chose à d'autres usages qu'à celui auquel elle est destinée, étant de la nature du contrat de louage, on ne présume pas facilement que les parties y aient ainsi dérogé. ~~ Nous pensons que le juge doit, en pareil cas, prononcer eu égard aux circonstances.— Interprétée dans le sens restreint que lui donne Pothier, la clause dont il s'agit n'aurait pas d'objet : peut-être même pourrait-on aller jusqu'à dire, que ces mots : *à qui il lui plaira*, indiquent la pensée d'étendre les pouvoirs du preneur et de l'autoriser à sous-louer, sans avoir égard à la profession du sous-locataire, pourvu que l'exercice de cette faculté ne dégénère pas en abus flagrants. — En réalité, il n'y a là qu'une question d'intention (Duvergier, n. 393. Troplong, n. 127).

1718 — Les articles du titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, relatifs aux baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des mineurs.

= Le contrat de louage ne peut intervenir qu'entre personnes capables de contracter (1224): Les mineurs non émancipés et les interdits ne peuvent donc ni donner ni recevoir à loyer. — Toutefois, pour passer valablement un bail, il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité d'aliéner ; la loi n'exige que celle d'administrer : Elle renvoie, en ce qui concerne spécialement les baux des biens des mineurs, aux articles du titre du contrat de mariage.

Rappelons ces règles en quelques mots :

Les baux que le mari seul a passés des biens de la femme, pour un temps qui excède neuf années, ne sont obligatoires vis-à-vis de la femme, en cas de dissolution de la communauté, que pour le temps qui reste à courir de la période de neuf ans où ils se trouvent à cette époque (1429). — Le renouvellement des baux faits plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans, s'il s'agit de maisons, sont sans effet (1430). Néanmoins, ces baux sont maintenus si, de fait, l'exécution a commencé avant la cessation des pouvoirs du mari.

(1) Marcadé, art. 1717. Troplong, n. 135. Dur., t. 17, n. 92. Paris, 28 mars 1829. *Voy. cep.* Duvergier, n. 374. Bruxelles, 17 juillet 1821. Amiens, 22 juin 1822. Paris, 6 mai 1835. Dev., 1835, 2, 305.

(2) Marcadé, *ibid.* *Voy. cep.* Troplong, n. 135.

Les art. 1429 et 1430 statuent dans l'intérêt de la femme : les tiers ne peuvent se prévaloir de la nullité.

La femme mariée qui a l'administration de ses biens ne peut passer de baux pour un terme excédant neuf années, sans l'autorisation de son mari ou de justice (1) (217, 1449, 1576 C. civ.).

Pour prendre des biens à bail, la femme non séparée doit se faire autoriser soit de son mari, soit de justice. — Néanmoins, on ne peut établir de règle absolue sur ce point : si la nullité du bail était demandée, le juge aurait égard aux circonstances : par exemple, la femme serait réputée avoir agi en vertu du mandat tacite de son mari, si elle avait une habitation séparée : on considérerait la location, comme un acte d'administration domestique. Toutefois, en cas d'excès, par ex., si le prix de l'appartement était trop élevé pour sa condition, ou si elle avait loué des meubles trop somptueux, le tribunal devrait accueillir la demande en nullité ; car ces actes excéderaient les bornes du mandat présumé (Troplong, n. 149).

Quant à la femme séparée, elle peut prendre des biens à bail sans autorisation ; mais seulement dans la limite de neuf années (2).

Il résulte des termes de notre article, que la fin de la tutelle correspond, en ce qui touche les baux des biens des mineurs, à la dissolution de la communauté.—Ainsi, les tuteurs ne peuvent, sans l'autorisation du conseil de famille, passer de baux pour un terme excédant 9 années.

Les baux qu'ils ont passés pour un terme plus prolongé, n'engagent le mineur qui a acquis l'exercice de ses droits et ses héritiers, que pour la période de 9 ans où l'on se trouve au moment de l'extinction de la tutelle.

Dans les mêmes cas, les baux renouvelés par un tuteur, avant les délais fixés par l'art. 1430, sont sans effet. — Néanmoins, ces baux ne sont pas nuls, mais annulables : la nullité est relative (3).

Ces règles doivent être prises pour base de la durée et de l'exécution des baux consentis par tout administrateur.

Ainsi, les baux faits par le mineur émancipé, pour un temps excédant neuf années, sont réductibles à ce terme. — Les baux qu'il a renouvelés sans attendre les délais fixés par l'article 1430, ne peuvent lui être opposés après sa majorité, à moins que l'exécution n'ait commencé auparavant : — L'article 1718 comprend dans la généralité de ses termes, les mineurs même émancipés.

(1) Troplong, n. 149. Duvergier, n. 37. Dur., t. 17, n. 33. Merlin, Rép., v° Bail, § 2, n. 1.

(2) Cass. 25 août 1841. Dev. 1841, 1, 782. Dall., n. 17.

(3) Cass. 27 mars 1821. Dalloz, n. 58. — Suivant Dur., n. 545 et suiv., t. 3, le tuteur, à la différence du mari, n'a pas la faculté de passer des baux dont l'exécution ne devra commencer qu'à une époque où ses pouvoirs auront cessé : les raisons qui ont motivé l'art. 1430 ne se représentent plus, disent-ils, puisque l'époque de la cession de la tutelle est toujours certaine. On répond que le texte est conçu en termes généraux et absolus.

(4) Troplong, n. 146. Nimes, 12 juin 1821.

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, peut louer ou affermer ses biens sans l'assistance de ce conseil, puisque les baux ne sont point placés par l'art. 513 au nombre des actes qu'il ne peut faire seul (1). — Toutefois, ces baux ne peuvent excéder neuf années.

Le mineur émancipé peut prendre des biens à bail sans l'assistance de son curateur : mais s'il abuse de cette faculté, ses engagements sont réductibles(484 et 485).

Les individus soumis à un conseil judiciaire ont *à fortiori* le même droit : pour eux, nous le répétons, la capacité est la règle ; l'incapacité est l'exception : or, la faculté de prendre à bail, n'est pas au nombre des actes pour lesquels l'art. 513 (C. civ.) exige l'assistance du curateur.

Le condamné frappé d'interdiction légale (29. C. pén.) ne peut affermer lui-même ses biens : ils sont gérés par un tuteur (2).

Les envoyés en possession provisoire des biens de l'absent, de même que les maris et les tuteurs, sont administrateurs ; par conséquent, ils ne peuvent donner à bail les biens qu'ils administrent, que dans les limites tracées par les art. 1429 et 1430.

L'usufruitier doit également se conformer à ces règles pour les époques, le renouvellement et la durée des baux (595) (3).

Le propriétaire par indivis ne peut, en principe, donner la chose à bail, sans le consentement de son copropriétaire. (V. p. 43.)

Les baux consentis par un propriétaire sous condition résolutoire, sont valables, lors même qu'ils excèdent le terme de neuf années : — cette limite n'est établie que pour les baux consentis par ceux qui administrent notoirement la chose d'autrui. (V., *infrà*, quest.)

Il est bien entendu, que les baux des biens de l'incapable, passés par un administrateur (tuteur ou autre), peuvent être attaqués en cas de fraude ; ce qui aurait lieu, par ex., s'ils avaient été consentis à vil prix, ou moyennant des pots-de-vin exigés du preneur : les tribunaux sont appréciateurs des circonstances (1167).

L'action en réduction des baux d'une durée excessive n'est pas restreinte aux héritiers et aux successeurs universels du bailleur ; elle passe aux successeurs à titre singulier des immeubles sur lesquels pèsent ces baux, sauf l'effet des clauses spéciales contenues dans le contrat ou dans le cahier des charges : mais cette renonciation anticipée au bénéfice de la loi ne se présume pas : il est même admis, que la simple réserve de maintenir les baux, ne doit s'entendre que des baux qui sont renfermés dans la mesure fixée par le législateur (4).

(1) Duvergier, n. 37. Troplong, n. 148. Toulouse, 23 août 1855. D, p. 55, 2, 378.

(2) Rolland, n. 78. Toullier, n. 111, t. 6.

(3) Paris, 31 mai 1815, 7 mars 1844. Dall., n. 61.

(4) Troplong, n. 157. L'arrêt de Cass. 3 avril 1839 (Dev. 1839, 1, 398) n'est pas contraire à cette doctrine.

— Le bail de la chose d'autrui est-il valable? Nul doute que ce contrat fait naître entre le bailleur et le preneur des engagements réciproques : mais quels sont ses effets, vis-à-vis du véritable propriétaire?

Supposons d'abord que le bailleur soit porteur d'un *titre résoluble :* telle est notamment la position du donataire, du grevé de substitution et celle de l'adjudicataire, tant qu'il n'est pas dépouillé par une revente sur folle enchère (1). — On admet que les baux doivent être maintenus s'ils n'excèdent pas 9 années; car ce sont là des actes de pure administration : or, le propriétaire sous condition résolutoire a qualité pour faire de pareils actes; — mais, *quid*, si les baux excèdent 9 années ? Doivent-ils être maintenus pour toute leur durée quelque longue qu'elle soit? — Nous le pensons; la maxime : *Soluto jure dantis solvitur jus accipientis* est inapplicable ici : on ne peut argumenter des articles 1718, 1429 et 1430; car ces articles supposent que les baux sont consentis par un usufruitier, par un mari ou par un tuteur ; c'est-à-dire, par une personne qui gère publiquement la chose d'autrui : dans ces divers cas, on conçoit que la durée des baux soit réductible : le preneur ne peut dire qu'il a été trompé ; il a su que les droits du bailleur s'éteindraient à une époque plus ou moins rapprochée ; il a pu prévoir qu'un jour l'usufruit cesserait ; que le mineur deviendrait majeur, ou serait émancipé ; que la dissolution du mariage arriverait : dès lors, il doit subir toutes les conséquences de l'extinction du droit de son bailleur; — mais le preneur de bonne foi qui tient ses droits d'un propriétaire sous condition résolutoire, ne se trouve pas dans la même position : il a dû croire que le bail recevrait son plein et entier effet ; il a cru traiter avec un propriétaire incommutable : on ne voit donc point d'analogie entre l'un et l'autre cas. — Dira-t-on que le bail dont la durée excède 9 années n'est point un acte d'administration, mais un acte de propriété? Il est de bonne administration, d'accorder au fermier une jouissance prolongée. — Nous supposons, que le preneur a été de bonne foi ; c'est-à dire, qu'il a été fondé à voir dans le bailleur un propriétaire incommutable : s'il a connu ou pu connaître le vice de la possession du bailleur, il ne peut exiger l'exécution du bail, même dans les termes de 3, 6 et 9 années : la règle *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, reprend toute sa force (2).

Doit-on maintenir également à l'égard du preneur de bonne foi, les baux consentis par celui qui n'était ni administrateur légal, ni propriétaire sous condition résolutoire, mais seulement possesseur de la chose louée? — Troplong (n° 98) se prononce pour l'affirmative, sans distinguer si les baux excèdent neuf années, ou s'ils sont restreints dans cette limite : « Ceux qui traitent avec le possesseur apparent, dit-il, ont nécessairement dû croire qu'ils contractaient avec une personne ayant, quant à la durée des baux, une latitude illimitée. — Le preneur ne prend pas les mêmes précautions que l'acheteur ; on ne lui remet pas les titres de propriété ; il est obligé de se fier aux apparences, et l'on prétendrait l'expulser à l'improviste, alors, qu'après tout, le véritable propriétaire qui s'est tenu à l'écart n'éprouve aucun préjudice sérieux, et qu'il ne s'agit pour lui que d'une question de patience et de temps ! — Ces baux doivent dès lors se soutenir, quelle que soit leur durée, pourvu que le preneur ait été de bonne foi ;

(1) Duvergier, n. 83 et suiv., 530 et suiv.; Toullier, n. 576; Troplong, n. 100 et 545; Zach. t. 3 § 369, n. 9; Chauveau sur Carré, Pr., t. 5, p. 488; Cass. 11 avril 1821, 16 janvier 1827; Paris 25 janvier et 19 mai 1835; Dev., 1835, 2, 102, 256; Cass., 19 novembre 1838; Pal., 1843, 1, 494 Cass., 30 mars 1842; Dev., 1842, 1, 523; Pal., 1842, 2, 127; Paris, 11 mai 1839; Dev., 1839, 2, 337; Pal., 1839, 1, 585. *Voy.* cep. Grenier, Hyp., t. 2, n. 471; Bourges 24 mai 1823.

(2) Duvergier, n. 86; Troplong, n. 98 et suiv. *Voy.* la loi du 25 mai 1835, qui autorise les communes à passer des baux de 18 ans; *voy.* aussi Paris 19 mai 1835; Dev., 1835, 2, 256.

c'est-à-dire, qu'il ait cru traiter avec un propriétaire incommutable. » ~~ Nous ne pouvons admettre cette doctrine : selon nous, les baux doivent être restreints dans la limite de 9 années : le preneur a su ou dû savoir qu'il traitait avec un bailleur qui ne fondait son droit sur aucun titre et que le possesseur ne peut faire que des actes d'administration : il doit dès lors subir toutes les conséquences de la position qu'il a acceptée. — On invoque des considérations d'équité : mais à ce titre, le propriétaire mérite plus d'intérêt que le preneur : ne serait-il pas injuste, que son droit se trouvât enchaîné pendant un temps illimité par un bail dont les conditions lui paraîtraient onéreuses? — Duvergier nº 82 et 531 et Duranton (t. 17, nº 34 et 135) vont plus loin : ils enseignent que les baux consentis par le simple possesseur ne lient pas le véritable propriétaire, que la revendication par ce dernier est un obstacle insurmontable à la délivrance effective, et ne laisse au preneur pour toute ressource qu'une action en dommages-intérêts contre le bailleur. C'est là méconnaître l'esprit de la loi : la bonne foi des tiers a toujours fait maintenir les actes d'administration, consentis par le propriétaire apparent; car il est mandataire légal du véritable propriétaire pour ces sortes d'actes. — Peu importe que le preneur ne soit pas encore entré en jouissance : le contrat n'a pas moins été formé. — La chambre des requêtes s'est prononcée en ce sens par un arrêt du 19 novembre 1828 : « Considérant, porte cet arrêt, que les baux entre le fermier et le propriétaire *apparent*, ne pouvaient être attaqués par un associé, puisqu'il a été représenté par son copropriétaire gérant. » — Au surplus, on admet généralement aujourd'hui que les aliénations faites par l'héritier apparent sont valables ; *à fortiori*, doit-il en être ainsi pour les actes d'administration (1) (*voyez* nos observations sur l'art. 137).

Le preneur aurait-il le droit de se refuser à l'exécution du contrat, en démontrant que le locateur n'est pas propriétaire? ~~ Duvergier (nº 82) se prononce pour l'affirmative : le preneur s'oblige, dit-il, parce que la jouissance paisible lui est promise ; il a donc le droit de se refuser à l'exécution du contrat, tant que le danger d'éviction est imminent ; il doit faire prononcer la nullité, si le locateur se trouve définitivement dans l'impuissance de prévenir l'action en revendication, pendant toute la durée du bail; en échange des engagements qu'il contracte, il a le droit d'exiger la sincérité (2). ~~ Il nous semble que c'est là confondre les règles de la vente et celles du louage : le locateur ne s'oblige pas à conférer immédiatement des droits irrévocables au preneur; mais à lui procurer une jouissance paisible : ce dernier ne peut donc se plaindre, tant qu'il n'est point évincé : peu lui importe que ce résultat soit dû à l'inaction du propriétaire, ou à des moyens employés par le bailleur pour prévenir l'action en revendication. (Pothier nº 20) (3).

Obligations du bailleur.

Les obligations du bailleur résultent de la loi, ou de conventions particulières.

Celles qui résultent de la loi se réduisent à trois principales : elles sont énoncées dans l'art. 1719, et développées dans les art. 1720 à 1727.

(1) *Voy.* en ce sens Domat, Louage, sect. 1re n. 6 ; Pothier, n. 30; Merlin, vº Bail, § 2, n. 7 ; Cass., 5 mai 1813, 19 novembre 1838. Dev. 1839, 1, 307.

(2) *Voy.* également en ce sens ; Dal., n. 55.

(3) Troplong, n. 98 ; Dur, t. 17, n. 28 ; Merlin, Rép., vº Bail, § 2, n. 7.

1719 — Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière,

1° De délivrer au preneur la chose louée;

2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée;

3° D'en faire jouir paisiblement le preneur, pendant la durée du bail.

= La loi impose au bailleur trois obligations principales; il doit, sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière: 1° délivrer la chose, et par suite lever les obstacles que des tiers opposeraient, même par de simples voies de fait (1), à l'entrée en jouissance; car on ne peut jouir d'une chose qu'en la possédant.

La délivrance n'est donc pas seulement de la *nature* du contrat de louage, comme le dit à tort notre texte (1er alinéa) (2); elle est de son essence, le bailleur alléguerait vainement pour se soustraire aux conséquences de l'inexécution du contrat qu'il n'est pas en son pouvoir de mettre le preneur en possession.

La chose doit être livrée au preneur avec ses accessoires nécessaires; c'est-à-dire, avec ceux qui la rendent propre à l'usage pour lequel elle a été louée, bien qu'il n'en soit pas fait mention dans le contrat: par ex., quand il s'agit d'une maison, le bailleur est tenu de remettre les clefs et autres dépendances. — Quand il s'agit de biens ruraux, il doit livrer les engrais, les fourrages, les pailles, etc.; — quand il s'agit d'une usine, la délivrance comprend les machines qui servent à l'exploitation et autres accessoires; — si c'est un cheval qu'on loue pour la monture, il doit être livré tout harnaché et tout équipé.

Mais on ne considérerait pas comme des accessoires dont la délivrance dût être faite à un fermier, les bâtiments destinés au logement du maître, les parcs, les jardins réservés à l'habitation principale, les futaies, etc.; à moins que le contraire ne résultât d'une stipulation ou des circonstances.

Remarquons toutefois, que l'obligation de livrer les accessoires, n'est pas, comme celle de livrer la chose, de l'essence, mais seulement de la *nature* du louage: on conçoit, en effet, qu'ils puissent être exceptés du bail, sans que le contrat en lui-même souffre aucune atteinte.

(1) Duvergier, t. 3, n. 277. Troplong, n. 262. Cass., 7 juin 1837. Dev., 1837, 1, 970. Pal., 1837, 2, 458. Sous ce rapport, le bailleur est soumis à des obligations plus étendues que le vendeur (1605 et 1606). — L'art. 1725 porte, il est vrai, que le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance; mais il suppose que le trouble a eu lieu pendant la durée du bail; qu'il y a eu mise en possession effective. *Voy.* cep. Nîmes, 26 juin 1806.

(2) D'après Pothier, n. 153 et 154.

La chose doit être délivrée en bon état de réparations de toute espèce même locatives (1720); c'est-à-dire, dans un état tel, qu'elle puisse servir immédiatement à l'usage auquel on la destine : mais cette obligation, de même que celle de livrer les accessoires, tient de la nature du contrat; en conséquence, elle peut être modifiée par les parties.

Le bailleur est tenu, comme le vendeur, des frais de délivrance (1608.) : par ex., il supporte les dépenses faites pour l'arpentage ; si la chose est engagée, il doit la dégager.

La délivrance s'opère en général dans le lieu où se trouvaient les choses au moment du contrat.

Les frais d'enlèvement, quand il s'agit de choses mobilières, sont à la charge du locataire; de même que dans le cas de vente, ils sont pour le compte de l'acheteur.

Le preneur supporte, par la même raison, les frais de transport, sauf conventions contraires: on ne présume pas facilement que le bailleur ait entendu s'en charger, surtout, lorsque le lieu du transport est éloigné.

Les conventions à cet égard sont souvent tacites : par ex., il est d'usage que le loueur de meubles transporte à ses frais chez le preneur les meubles loués; que les loueurs de voitures publiques conduisent ces voitures à la porte du locataire.

La délivrance doit être effectuée au terme convenu par le bail; —si les parties n'ont pas fixé d'époque, le bailleur est tenu de livrer, dès qu'il en est requis (1).

Le mode de délivrance varie suivant la nature des choses loués et suivant les lieux : on ne peut établir de règles absolues sur ce point : tout acte qui procure au preneur la jouissance libre et entière constitue la délivrance, tel est le principe.

L'étendue des condamnations que le bailleur encourt, lorsqu'il ne remplit pas ses engagements, varie, selon qu'il est de mauvaise foi ou de bonne foi :

Au premier cas, c'est-à-dire si le défaut de délivrance provient soit de sa mauvaise volonté, soit d'une cause qui peut lui être imputée (1151), il doit tous les dommages-intérêts qui sont une suite immédiate et directe de l'inexécution du contrat. (1151).

Au deuxième cas, c'est-à-dire, s'il n'a pas été en son pouvoir de livrer, il ne doit que les dommages-intérêts prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat. (1150.)

Dans l'un et l'autre cas la résolution du bail doit être prononcée.

Le retard dans la délivrance peut également donner lieu à la résiliation du bail, si le but que se proposait le preneur ne peut plus

(1) Pothier, n. 58. Troplong, n. 168. Duvergier, n. 275.

être atteint, sans préjudice de tous dommages-intérêts, lorsque le bailleur est en faute (1).

Nous appliquerons la même distinction au cas où la chose aurait reçu, depuis le contrat, des modifications qui la rendraient impropre à sa destination déterminée par le bail ou par les circonstances : par ex., si le bailleur a changé l'état des lieux, le preneur peut prétendre à une diminution de prix, et même à des dommages-intérêts ; — mais si le feu du ciel a brûlé une partie considérable de la maison louée, ou si une prairie a été ensablée par le débordement d'une rivière voisine, il y a lieu de réduire le prix ; car la chose n'est plus entière : la résiliation du bail peut même être prononcée. Mais le preneur n'est point fondé à exiger de dommages-intérêts, puisque le bailleur n'est point en faute. — Le juge appréciera les circonstances (2).

Par quelles voies le bailleur peut-il être contraint à la délivrance ? Déjà nous avons touché ce point dans nos observations préliminaires : à Rome, une action dite *conducti* ou *ex conducto* était accordée au preneur, pour se faire mettre en possession ; sous l'empire de nos lois modernes, sa position est la même : il peut, en vertu d'un titre authentique, ou d'un jugement passé en force de chose jugée agir *manu militari:* tout ce que nous avons dit à cet égard au titre de la vente, s'applique au louage.—Vainement opposerait-on la maxime : *Nemo potest præcise cogi ad factum :* cette règle suppose que l'obligation a pour objet un acte corporel de la personne du débiteur, ce qui a lieu, quand il s'agit du louage de services : elle n'est point applicable, quand le bailleur a contracté l'engagement *de livrer :* les faits, dit (Pothier n° 66.), ne sont plus alors *mera facta ;* ce sont des faits *quæ ad dationem magis accedunt;* auxquels on peut contraindre le débiteur, sans attenter ni à sa personne ni à sa liberté (3).

L'obligation de livrer est en général indivisible ; car celui qui prend à bail une maison ou une ferme, veut en jouir en totalité : — En conséquence, les divers locateurs ou les héritiers du locateur, ne peuvent faire la délivrance partiellement : Si un seul manque à ses obligations, le preneur peut refuser de recevoir les autres portions, et réclamer des dommages-intérêts contre tous, chacun pour sa part (1217 et 1220).

2° *Le bailleur doit entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée :* cette obligation est une conséquence de celle qu'il a contractée de faire jouir (*præstare frui licere*).

Entendons bien cette règle : le preneur peut exiger que la chose

(1) Pothier, n. 71 et 72. Duvergier, n. 290. Cass., 7 novembre 1827.

(2) Duvergier, n. 290 et suiv. Delv., t. 3, p. 188. Cass., 7 novembre 1827.

(3) Pothier, Louage, n. 66. Merlin, Rép., v° Office, n. 10. Troplong, n. 109 et suiv. Duvergier, n. 286. Paris, 7 nivôse an X. Cass,, 21 avril 1838. Dall. n. 80 et 159. *Voy.* cep. Rolland, Bail, n. 3 et suiv., 231 et suiv.

lui soit remise en bon état de réparations de toute espèce (1720) même locatives, au moment où il entre en jouissance : mais il supporte ensuite ces dernières réparations, sans recours contre le bailleur. — Bien plus, à la fin du bail, ce dernier peut exiger que les lieux lui soient remis en bon état.

Le bailleur est tenu, pendant la durée du bail, de faire les réparations nécessaires pour que le preneur puisse user de la chose; c'est-à-dire, pour que les lieux soient habitables ou exploitables, suivant leur destination : — Il doit, lorsqu'il s'agit de bâtiments, non-seulement, suivant une expression de notre ancien droit, tenir le preneur clos et couvert; mais encore faire les réparations nécessaires pour que les cheminées ne fument pas, pour que les fermiers, les bestiaux et les grains soient en sûreté, etc. — Là se bornent ses obligations : le preneur ne pourrait le contraindre à faire des dépenses pour augmenter l'agrément ou l'utilité de la chose; spécialement, il ne pourrait exiger que l'habitation fut rendue plus agréable ou plus commode.

Par quels moyens le preneur obtiendra-t-il l'exécution de cette obligation, si le bailleur refuse de l'accomplir? Il pourra faire ordonner la visite des lieux, et si les dégradations sont constatées, prendre un jugement, portant qu'après un certain délai, il sera autorisé à faire les réparations aux frais du bailleur, sauf à en retenir le montant sur les loyers échus ou à échoir; — si le bail touche à son terme, il obtiendra une condamnation pure et simple contre le bailleur, pour le remboursement de ses avances. — Si les réparations à faire sont considérables, le bailleur peut même, suivant les circonstances, faire prononcer la résiliation avec dommages-intérêts.

Du reste, libre au preneur de ne pas user de son droit contre le bailleur, et de subir une diminution de jouissance, au lieu de supporter la gêne et les inconvénients momentanés que les réparations entraîneront nécessairement.

D'après un usage constant, le bailleur a le droit d'entrer dans les héritages pour reconnaître leur état et juger des travaux à faire.— Il peut également les faire visiter par des étrangers qui se présentent pour louer : toutefois, il ne jouit de cette dernière faculté que pendant un certain temps avant l'expiration du bail courant.

L'obligation d'entretenir la chose en bon état, est encore une de celles auquelles il est permis de déroger : elle n'est pas de l'essence, mais de la nature du contrat de louage.

3° *Le bailleur doit faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail.*

La garantie imposée au bailleur a quatre objets; il doit : 1° faire jouir le preneur, pendant la durée du bail; c'est-à-dire, accomplir tous les faits et actes qui peuvent lui procurer une complète et paisible jouissance, *prestare frui licere*; — 2° répondre des vices

ou des défauts cachés qui empêchent l'usage de la chose louée (1721) ; — 3° garantir le preneur de la perte totale ou partielle de la chose ; — 4° enfin il doit garantie du trouble de droit que des tiers apporteraient à la jouissance.

La première règle entraîne les conséquences suivantes :

Le bailleur ne peut, par un acte quelconque, porter atteinte aux droits du preneur. Il y aurait trouble, par ex., si pendant la durée du bail, il changeait, même en partie (1), la forme de la chose louée.—Vainement alléguerait-il, que le changement procurera plus d'avantages au preneur ; vainement offrirait-il une indemnité pour la privation temporaire de jouissance : les choses doivent rester dans l'état où le preneur les a reçues ; la règle est absolue.

Mais le bailleur ne contrevient pas à ses obligations, en faisant des réparations lorsqu'elles sont indispensables ; c'est-à-dire, lorsqu'elles ne peuvent être différées jusqu'à la fin du bail, sans de graves inconvénients (1723 et 1724). Le locataire doit même les souffrir ; toutefois, sous certaines conditions. (*voyez* art. 1724.)

Le bailleur apporterait encore un trouble à la jouissance du locataire, s'il grevait l'immeuble de servitudes (2) ; s'il élevait, sur un terrain contigu à une maison de ville, objet du louage, un mur qui diminuât pour le locataire le jour, l'air, ou même la vue.— Enfin, dans le cas de location partielle, le bailleur ne peut convertir en auberge, en café, ou en maison de jeux (3), ni même louer pour l'exercice d'une industrie dangereuse, bruyante ou incommode, les lieux qu'il a conservés (4). — Le preneur, nous le répétons, a compté sur le *statu quo :* modifier l'état des choses, c'est porter atteinte à son droit. En pareil cas, il peut demander, suivant les circonstances, des dommages-interêts et même la résiliation du bail.

Le bailleur ne pourrait, par une clause du bail, s'affranchir de la responsabilité de ses faits personnels : cette convention est interdite en matière de vente par l'art. 1628 ; les mêmes raisons de décider se présentent, quand il s'agit du louage : d'ailleurs, cette clause serait destructive de l'engagement que contracte le bailleur de faire jouir paisiblement le preneur (*voyez* toutefois l'art. 1628) (5).

Mais on conçoit la légalité d'une stipulation qui restreint le droit du preneur ou qui en limite la durée : par ex., le bailleur peut se réserver le droit de prendre une certaine quantité de fruits sur la chose ; ou bien encore, celui d'expulser le preneur pour venir habiter

(1) Duvergier, n. 307. Dur., t. 17, n. 66. Pothier, (n. 75). Décide que si le changement de forme ne porte que sur une partie peu considérable de la chose, le preneur ne peut s'opposer aux travaux, lorsqu'on offre de l'indemniser. Le code s'est écarté de cette doctrine.

(2) Cass. 11 mai 1847, D. 47, 1 287. Paris, le 13 janvier 1847, D. 47, 2, 62, 13 juin 1849, D. p. 49, 2, 212. Lyon, 10 août 1855, D. p. 55, 2 359, Pal. 1856, 1, 412. Paris, 12 janvier 1856' D. 56, 2, 83.

(3) Duvergier, n. 309. Paris, 11 mai 1826 et 31 mars 1827.

(4) Cass. 8 juillet 1850. D. p. 1850, 1, 307. Paris, 10 janvier 1842, D. p. 42, 2, 63.

(5) Pothier, n. 75, Duvergier, n. 312, Troplong, n. 191 et suiv.

la maison louée : en usant de cette réserve, le bailleur ne va pas contre ses engagements; il ne porte pas atteinte au contrat; par conséquent, il n'y a pas lieu à garantie (1761 et 1762).

La deuxième règle est fondée principalement sur l'équité : puisque la chose a été louée pour un certain usage, le preneur doit pouvoir exercer un recours contre le bailleur, si quelques vices ou défauts qui se manifestent, empêchent ou gênent cet usage.—Toutefois, le bailleur n'est pas tenu de garantir les vices ou défauts qui rendent seulement l'usage moins commode (*voyez* art. 1728).

La troisième règle est également une conséquence de l'obligation de faire jouir, que le bailleur s'est imposée (*voyez* art. 1722, 1723 et 1724.)

Nous en dirons autant de la quatrième règle (*voyez* art. 1725 et 1727). — Les dispositions du titre de la vente sur ce point, s'appliquent au louage. — Le preneur peut agir en garantie, même pour trouble apporté à la jouissance de ses sous-locataires, puisqu'il doit garantie à ces derniers.

— Le fermier peut-il prétendre à la jouissance de l'alluvion survenu depuis que le bail a été passé? — Pothier, nº 278 et suiv. se prononce pour la négative: « Le fermier, dit-il, ne peut jouir que de ce qui lui a été loué; or, la partie qui est accrue depuis le bail n'a pu lui être louée, puisqu'elle n'existait pas. — Mais l'opinion contraire est admise par les auteurs modernes : ils font observer avec raison, que l'alluvion s'identifie avec le terrain auquel elle s'incorpore; qu'elle ne forme plus avec ce terrain qu'une seule et même chose, *jure accessionis*, et que le fermier doit dès-lors avoir la jouissance de l'accroissement (1).

Est-il dû par le fermier une augmentation de prix? — Plusieurs auteurs se prononcent également pour l'affirmative; voici leur raisonnement : l'art. 1722 autorise le preneur, si la chose a péri en tout ou en partie, à demander, suivant les circonstances, une *diminution de prix* ou la résiliation du bail; donc le propriétaire doit pouvoir, par réciprocité, demander une augmentation de prix, lorsque l'immeuble reçoit une augmentation importante: *Ubi damnum ibi lucrum* (2). » — Nous n'admettons pas cette opinion : en matière de louage, les pertes et les profits ne sont pas soumis au principe d'égalité : le bailleur doit faire jouir; il est juste que la perte considérable retombe sur lui : mais le gain inespéré est une bonne fortune pour le preneur; il doit en profiter seul (Troplong nº 190, 239 et 240).

Si le bailleur a loué la chose à deux personnes, qu'elle est celle qui doit être préférée? — D'une part, on raisonne ainsi : les obligations qui naissent du bail, ne sont pas seulement pour le bailleur de simples obligations de faire : le preneur peut exiger l'exécution du bail, *manu militari :* puisque l'obligation ne se résout pas en dommages-intérêts, il faut appliquer la maxime : qu'on ne peut conférer plus de droits que l'on n'en a soi-même, et accorder au preneur, porteur d'un acte ayant date certaine, un droit de préférence sur celui qui représente un titre non enregistré ou qui n'a qu'une date certaine postérieure, sans avoir égard au fait de mise en possession. — Quoiqu'il en soit, la distinction suivante est généralement admise : si l'un des deux preneurs a été mis en possession de bonne foi, il doit l'emporter sur l'autre,—si aucun n'a été mis en possession, celui dont le titre est à date certaine doit être préféré; — si aucun des titres n'a date certaine, le juge doit accorder la possession à celui des deux preneurs, qui, d'après les circonstances,

(1) Chardon, Alluvion, n. 157. Duvergier, n. 356, t. 3. Dur, t. 3, n. 356; t. 17, n. 81.
(2) Chardon et Duvergier, *ibid.*

sera reconnu avoir contracté le premier. —Dans tous les cas, le preneur qui succombe devant l'autre a une action en dommages-intérêts contre le bailleur : bien entendu s'il a été de bonne foi (1).

Un copropriétaire peut-il louer, sans le concours des autres, sa part dans une chose indivise ? — Tant que la chose est indivise, chacun des copropriétaires a des droits sur le tout ; or, une location partielle nuirait à ceux qui ne sont point intervenus au contrat ; donc le bail ne peut être maintenu par rapport à eux : — Ce serait d'ailleurs, laisser à l'une des parties, le droit de grever l'avenir par des baux d'un prix minime, mais compensés par des pôts-de-vins secrets. — La partie dont le consentement n'aurait pas été obtenu, pourrait sans nul doute, demander la nullité de ce bail, sauf ensuite, bien entendu, le recours du preneur contre le bailleur (2).

Le preneur aurait-il du moins qualité pour demander, en vertu de l'art. 1166, le partage des biens indivis, à l'effet de se faire assigner la portion de ces biens qui reviendra au locateur? — Le fermier ne peut agir en son nom, puisqu'il n'a pas de droit réel. Pour agir en vertu de l'art. 1166, il faudrait qu'il fut créancier ; or la loi ne lui accorde, en cas d'inexécution du bail, qu'une action en dommages-intérêts contre le bailleur : il doit donc faire liquider sa demande en indemnité, avant d'exercer les droits de ce dernier.— Jusqu'alors, nous ne voyons pas à quel titre, il prétendrait introduire une action en partage : cette action n'a point de rapports avec celle que tout créancier peut exercer, en vertu de l'art. 1166, comme subrogé aux droits du débiteur (3).—Quelle que soit, au surplus, l'opinion qu'on adopte sur cette question, un point nous paraît hors de doute : c'est que le créancier (fermier ou autre) ne peut, en vertu de l'art. 1166, demander le partage partiel des objets qui composent une masse héréditaire; car cette action serait irrecevable même dans la personne de l'héritier.

1720. Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce.

Il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives.(C. 1604, 1721, 1724, 1731, 1741 ; *Réparat. loc.*, 1754 s.; *Privil.*, 2102, *n°* 1.)

= Les loyers sont dus par le preneur, à partir de son entrée en jouissance. Il est dès lors présumé vouloir prendre la chose dans un état tel qu'elle puisse immédiatement servir à l'usage auquel elle est destinée. Si la chose n'était pas livrée en bon état de réparations de toute espèce, même locatives, la délivrance serait illusoire.

Lorsque la chose a besoin de réparations, le preneur doit donc prudemment en faire constater la nature et l'importance par un procès-verbal signé de lui et du bailleur; il peut même refuser de prendre possession. En gardant le silence, il reconnaît tacitement que le bailleur a satisfait à toutes ses obligations : toutefois, ce n'est là qu'une présomption légale, susceptible d'être détruite par la preuve contraire.

(1) Pothier, n. 63 et 290. Dur, n. 143. Duvergier, n 283 et suiv. Cass. 11 avril 1849, D. p. 49, 1 175.

(2) Troplong, n. 100. Duvergier, n. 87.

(3) Cass. 22 février 1831. Dev., 1831, 133. *Voy.* cep. Duvergier, Louage, n. 88 et suiv., et Troplong, t. 2, n. 502 : ce dernier auteur est conséquent, puisqu'il admet la réalité du droit de bail; mais Duvergier, qui rejette ce système, nous paraît avoir mal saisi la question.

Quand le bailleur n'a pas délivré la chose louée en bon état de réparations, le preneur a le droit d'exiger des dommages-intérêts à la fin du bail (1).

Le bailleur est tenu d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée; par conséquent, il doit faire dans ce but toutes les réparations devenues nécessaires : les réparations dites *locatives*, restent seules à la charge du preneur.

Que doit-on entendre par réparations locatives? L'art. 1754 est explicite à cet égard, en ce qui touche les baux des maisons: mais aucun texte ne s'explique à cet égard, quand il s'agit des biens ruraux, des usines, des cours d'eau, des canaux, des navires, etc.; il faut donc suppléer à ce silence. — Dans notre ancien droit, on distinguait deux genres de réparations : les grosses réparations et les réparations d'entretien. Les réparations d'entretien se subdivisaient en deux classes : celles dites d'entretien et les locatives : le propriétaire supportait les premières; le preneur était tenu des secondes, comme occasionnées par sa faute. Le Code nous paraît avoir implicitement consacré ces règles dans les art. 1719 et 1720.— Mais comment reconnaître le caractère des réparations? La solution dépend des circonstances : Elle doit nécessairement varier, suivant la nature des choses et suivant l'usage des lieux. Le recours en cassation n'est pas admis (2).

1721. Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.

S'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser. (C. 1641, 1719, 1724 s. — Pr. 3.)

= Les règles exposées dans les art. 1721 et 1722, reposent sur les principes suivants, posés par Pothier (nº 116 et suiv. nº 139 et suiv.) :

Le preneur doit obtenir la remise des loyers et fermages *pour le tout*, lorsque le bailleur n'a pu lui procurer la jouissance ou l'usage de la chose louée; — pour le temps pendant lequel il n'a pu *jouir*, lorsque la privation de jouissance a été temporaire—*pour une part proportionnelle* des loyers ou fermages, si le locataire n'a pu le faire jouir de quelque partie de la chose.

Le preneur ne peut prétendre à une remise des loyers, lorsque l'empêchement est venu de sa part.

Le loyer n'est dû que pour la jouissance énoncée dans le bail.

(1) Rennes 22 décembre 1824.

(2) Troplong n. 178. Duvergier, t. 2 n. 104 et suiv. Cass. 24 novembre 1832. Dev. 1833, 1, 238. Rouen, 8 février 1853, D. p. 1, 1853, 2 111.

Le preneur qui, par un accident imprévu, a souffert une altération ou une diminution considérable dans sa jouissance, peut demander une diminution proportionnelle du loyer.

Le bailleur doit des dommages-intérêts, lorsqu'il a eu connaissance des vices existant à l'époque du contrat, lorsqu'il a eu juste sujet d'en soupçonner l'existence, enfin, lorsqu'il devait les connaître à raison de sa profession. — Dans ce dernier cas, il est tenu de dommages-intérêts, nonobstant sa bonne foi.

Passons maintenant à l'examen de notre article :

L'obligation de faire jouir, soumet le bailleur à la garantie, pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage.

Observons toutefois, que le bailleur ne répond pas des vices ou défauts qui rendent seulement l'usage *moins commode :*

Exemple : Je loue un cheval pour être monté ; il ne peut servir qu'à la voiture : — vous m'avez loué une prairie pour y faire paître des bestiaux, cette prairie produit des herbes vénéneuses ; — vous m'avez loué des cuves pour faire la vendange, ces cuves sont faites d'un bois poreux qui ne peut conserver le vin : — dans ces divers cas, le locataire pourra demander la résiliation du bail. — Mais si le cheval a quelques légers défauts, s'il croît dans la prairie des herbes mauvaises qui ne soient point vénéneuses, ou si les cuves peuvent être aisément réparées, la résiliation ne sera pas prononcée.

Pour donner lieu à garantie, est-il nécessaire que l'empêchement occasionné par les vices ou défauts de la chose louée soit absolu ? Pothier (n° 110) se prononce pour l'affirmative ; mais cette décision est contraire au texte du code : le premier alinéa de l'article 1721 porte qu'il est dû garantie au preneur pour *tous* les vices ou défauts etc. ; par conséquent, il n'est pas nécessaire que l'empêchement soit total. — Ajoutons que le 2e alinéa réserve au preneur une action en indemnité, en cas de perte résultant des vices ou défauts.

On doit appliquer, en matière de louage, la règle établie par l'art. 1641 sur la vente ; car les mêmes raisons de décider se présentent. L'équité veut que le preneur puisse se faire indemniser, lorsque les vices, sans rendre l'usage de la chose entièrement impossible, diminuent cet usage, gênent sa jouissance, ou affectent une portion de la chose louée ; mais il ne s'ensuit pas qu'il y ait lieu à résiliation.

Ainsi, le juge prononcera la résiliation du bail, si les vices ou défauts rendent la chose impropre à l'usage auquel on la destine, ou diminuent tellement cet usage, que le preneur ne l'aurait pas louée s'il les eût connus ; le bail cesse nécessairement puisqu'il n'a plus d'objet. — Si les vices ou défauts ne portent pas une atteinte grave à la jouissance du preneur, le bailleur n'est soumis qu'à une action en indemnité. — En un mot, les effets de l'action en garantie sont plus ou moins étendus, selon que les vices apportent

un obstacle plus ou moins grave à l'usage de la chose louée : mais exiger, pour admettre l'action en garantie, que les vices rendent l'usage de la chose entièrement impossible, ce serait nous le répétons s'écarter du texte et méconnaître son esprit (1).

Le bailleur est soumis à la garantie des vices ou défauts de la chose louée, encore qu'il ne les ait pas connus lors du bail : sous ce rapport, l'art. 1721 est en parfaite harmonie avec l'art. 1643.

Le bailleur doit garantie, non-seulement des vices qui existaient au moment du bail, mais encore de ceux qui sont survenus depuis ; car il doit procurer la jouissance de la chose pendant toute la durée du bail. « Ce n'est pas la chose louée, dit Pothier (nº 112), c'est la jouissance de cette chose continuée pendant tout le temps que doit durer le bail, qui fait l'objet du contrat de louage. »

Toutefois, il y a seulement lieu, en ce cas, à une diminution du prix ou à la résiliation du bail : le bailleur ne peut encourir de dommages-intérêts, puisque les vices n'existaient pas au moment du contrat (2).

Le bailleur peut, par une clause expresse, excepter de la garantie tous les vices en général ou tel vice particulier : cette clause produira son effet, pourvu qu'elle ait été stipulée de bonne foi. — En cas de dol ou de surprise le preneur pourrait se faire restituer.

Il est même admis en doctrine et en jurisprudence, qu'aucune garantie n'est due, pour les vices qui étaient apparents, au moment du contrat, que le preneur a connus ou qu'il a dû apercevoir par l'inspection de la chose : car il est présumé avoir accepté cette chose dans l'état où elle se trouvait, et avoir calculé le prix en conséquence (3). Il n'y a rien là de contradictoire avec le principe que le bailleur doit délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce (1719).

Gardons-nous de confondre la simple gêne dans l'usage avec l'impossibilité d'user.

Il est bien entendu que le besoin de réparations ne peut être considéré comme un vice de la chose louée (Duvergier nº 342).

Le bailleur est garant même des vices qui se trouvent dans les choses accessoires de celle qui a été louée *principaliter*, lorsqu'ils empêchent ou gênent l'usage de cette chose.

Passons à la deuxième partie de l'article, déterminons les obligations que comporte la garantie due au preneur dans les cas prévus par l'art. 1721.

(1) Duvergier n. 339. Troplong n. 195 et suiv. Paris 13 jam 1849. D. p. 49, 2, 212.

(2) Pothier n. 117. Dur n. 64. Duvergier n. 344. Troplong n. 200. Bruxelles, 25 avril 1843. Dall. n. 193.

(3) Troplong n. 198. Curasson, Compét., t 1er p. 413. Colmar, 20 novembre 1816. Colmar 14 novembre 1825. Bordeaux, 28 mai 1841. Dev., 1842, 2, 15. Paris, 29 janvier 1849. D. p. 49, 5, 272.

La garantie due au preneur par le bailleur, pour vice de la chose, est tout à fait analogue à la garantie que le vendeur doit à l'acheteur : « Le louage, a dit M. de Malleville, a les mêmes raisons générales que la vente ; c'est pour cela qu'on n'a pas mis ici des décisions que l'on doit chercher sous le titre de la vente. »—En se reportant aux textes du Code, on voit en effet que l'art. 1643 dit pour le vendeur, comme l'art. 1721 pour le bailleur, qu'il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus ; or, les articles 1645 et 1646, relatifs à l'indemnité due pour les pertes occasionnées par le vice de la chose, disposent que cette indemnité n'est pas due par le vendeur lorsque le vice de la chose lui était inconnu. — Tous les auteurs appliquent ces règles à la matière du louage ; ils distinguent : si le bailleur n'a pas connu les vices de la chose louée, on ne peut demander contre lui que la résiliation du bail et le remboursement des frais d'acte ; dans le cas contraire, il est de plus passible de dommages-intérêts.

Toutefois, la cour de cassation (1) n'admet pas, en fait de louage, la distinction établie par ces articles : voici les considérants de son arrêt : « Attendu que le dispositif de l'arrêt attaqué s'appuie sur les art. 1721 et 1724 du Code civil, et qu'en accordant des dommages-intérêts aux preneurs, à raison des vices de la chose louée, sans distinction des cas où ces vices étaient connus du bailleur, de celui où il les ignorait, la Cour de Paris s'est bornée à faire à la cause une application littérale de la loi citée, à laquelle, au surplus, on ne peut rattacher les art. 1645 et 1646, parce que les dispositions en sont relatées au contrat de vente et n'ont pas été reproduites par le contrat de louage, qui renferme, dans l'art. 1719, des obligations particulières au bailleur. »

Cette décision est généralement critiquée : l'art. 1721 1er al., impose au bailleur, il est vrai, la garantie des vices ou défauts de la chose louée, quand même il n'en aurait pas eu connaissance lors du bail ; mais le 2e al. qui accorde au preneur des dommages-intérêts pour la perte que le vice ou le défaut lui a occasionnée, ne dit pas que ces dommages-intérêts seront dus, quand même le bailleur aurait été de bonne foi : donc l'article 1721 est resté à cet égard dans les termes du droit commun ; c'est-à-dire, que le bailleur ne doit point d'indemnité, lorsqu'il a ignoré l'existence des vices ou défauts à l'époque du bail.—Telle était, au surplus, la doctrine admise sous notre ancienne jurisprudence : On ne peut supposer que le nouveau législateur se soit écarté d'une règle fondée sur l'équité, qui n'est rejetée formellement par aucun texte, et qui réunissait les deux écoles comme le remarque Pothier, n. 118 et 119 (2).

(1) Cass. 30 mai 1837. Dev., 1837, 1, 602. *Voy.* en outre Bastia, 7 mars 1854. D. p. 54, 2, 116. Pal., 1854, 2, 341.—Delv., t. 3, p. 191, note, est le seul auteur qui enseigne ce système.

(2) Duvergier, n. 341. Troplong, n. 194 et suiv. Marcadé, art. 1722. Dur., t. 17, n. 63.

Supposons que le bailleur n'ait pas eu, au moment du bail, une connaissance positive du vice de la chose : s'il avait juste sujet de le soupçonner, ou même, s'il devait le connaître à raison de sa profession, le preneur pourrait-il prétendre à des dommages-intérêts ? L'affirmative n'est pas douteuse : La dissimulation imputée au bailleur est tout au moins une faute grave dont il doit supporter les conséquences (Troplong, n. 200 ; Dur., n. 64).

Mais si le locateur n'a pas connu ou s'il n'a pas dû connaître le vice, la résiliation, nous le répétons, est tout ce que l'on peut demander contre lui : il reprend sa chose et le locataire est déchargé du loyer : on ne peut exiger de lui la réparation du préjudice causé, puisqu'il n'y a pas eu faute de sa part (1382).

Nous avons constamment supposé que les vices existaient à l'époque du contrat : ceux qui sont survenus pendant la durée du bail, peuvent entraîner, ainsi que nous l'avons déjà dit, une diminution du prix, ou la résiliation du contrat, suivant les circonstances ; car le bailleur doit procurer la jouissance de la chose : mais ils ne sauraient donner lieu à des dommages-intérêts, puisque le bailleur ne pouvait connaître, au moment du contrat, les vices qui sont survenus depuis (*voyez* l'art. 1722).

Le preneur n'est pas tenu d'attendre, pour agir contre le bailleur, que la perte totale ou partielle qu'il est en danger d'éprouver soit consommée : une juste crainte du sinistre, suffit pour fonder sa demande : Les lois romaines étaient positives à cet égard (1) ; le même esprit a dicté les règles du Code. — Le juge prononce eu égard aux circonstances (2).

Bien que placé sous la rubrique du louage des maisons et des biens ruraux, l'art. 1721, comme ceux qui le précèdent et le suivent, est applicable, autant que la nature des choses le comporte, aux locations d'objets mobiliers : plusieurs fois déjà nous avons fait remarquer, que le titre du louage pèche surtout par le défaut de classement des matières.

— Le propriétaire à qui on prend, pour cause d'utilité publique, une partie de son domaine, peut, en certains cas, forcer l'Etat à le lui acheter en entier (3): S'il use de cette faculté, le bail doit-il être maintenu pour la portion de l'immeuble qui n'est pas comprise dans l'expropriation proprement dite ? — Le preneur ne peut faire prononcer la résiliation, qu'autant que la portion dont il est privé par l'expropriation, a une importance telle, que ce qui reste n'est plus susceptible de remplir le but qu'il s'est proposé en contractant. — Ainsi, le juge accordera, eu égard aux circonstances, ou la résiliation du bail, ou une diminution de prix (arg. de l'art. 1722). — Par rapport au preneur, l'Etat est dans la position d'un acquéreur ordinaire (4).

Supposons que le propriétaire conserve la portion de son immeuble non com-

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 542, n. 49 et 50. Pothier, Louage, n. 118. Dur. n. 63.
(2) Troplong, n. 194 et 224. Duvergier, n. 341, 526 et 527. Marcadé, sur l'art 1721.
(3) Loi du 7 juillet 1833, art. 30.
(4) Duvergier, n. 332. Paris, 12 février 1833. Dev., 1833, 2, 606.

prise dans l'expropriation : le preneur pourra-t-il le contraindre à maintenir cette portion en état de servir à l'usage auquel elle est destinée, et à faire en conséquence toutes les réparations convenables; ou le propriétaire pourra-t-il se prévaloir de la disposition de l'art. 1722, qui le dispense de reconstruire ce qui a été détruit par cas fortuit? — En cas de dépossession pour cause d'utilité publique, le propriétaire est indemnisé : donc il doit, en mettant la chose en état, faire participer le preneur au bénéfice de cette indemnité (*voyez* p. 54, quest.) (1).

Il a même été jugé, qu'en cas de destruction partielle d'une maison par force majeure, notamment par l'effet d'une expropriation pour cause d'utilité publique, le locataire a le droit de réclamer la continuation du bail, dans la portion non détruite, quoique le propriétaire l'ait fait démolir, s'il l'a fait ensuite réédifier (2).

1722. Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution de prix, ou la résiliation même du bail, Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédomagement. (C. 1302 1724, 1730, 1741, 1869.)

= On nomme *cas fortuit* tout événement qu'il n'a pas été donné à l'homme de prévoir et dont il n'a pu se garantir. (*Voyez* nos observations sur l'art. 1773).

L'incendie et le fait du prince sont les deux causes de perte qui se présentent le plus fréquemment, quand il s'agit d'immeubles. — Nous aurons à examiner sous l'art. 1733, si l'on doit, en matière d'incendie, présumer plutôt le cas fortuit que l'imprudence.

Quant au fait du prince, il résulte, on le sait de l'expropriation pour cause d'utilité publique et de toutes mesures prises par l'autorité municipale dans l'intérêt général.

Il ne suffit pas comme de raison au preneur qui invoque la force majeure d'articuler le fait, il doit en établir la preuve : *Allegans fortuitum casum, illum tenetur probare.* — Arrivons à l'examen de notre article :

Le bailleur s'est engagé à procurer au preneur la jouissance de la chose ; s'il ne peut satisfaire à cette obligation, à quel titre prétendrait-il maintenir le contrat? Les loyers sont le prix de chaque journée de jouissance; ils doivent donc cesser de courir à partir du jour où la jouissance est devenue impossible.

Par suite, notre article distingue : si la chose est détruite en totalité par cas fortuit, le bail se trouve résilié de plein droit, puisqu'il n'a plus d'objet. — Si la perte n'est que partielle, la réduction du prix a également lieu de plein droit, à partir du

(1) Duvergier, n. 332. Paris 12 février 1833. Dev. 1833, 2, 606. Voyez cep. Paris, 8 juillet 1852, D. p. 53, 2 188. Bordeaux, 4 janvier 1854, D. p. 55, 2 60.

(2) Cass. 7 juillet et 3 août 1847. D. p. 47, 1, 250 et 251. *Voy.* cep. Douai, 31 mai 1852. D. p. 53, 2, 226.

jour où l'événement est survenu. Le juge après avoir constaté le fait réduit le prix à dire d'experts, et même sans expertise, s'il trouve dans la cause des documents suffisant pour statuer.

Dans le même cas de perte partielle, la loi réserve au preneur la faculté de demander, suivant les circonstances, la résiliation du bail (1741), si ce qui reste ne suffit plus pour atteindre le but déclaré ou reconnu dans le contrat.

Observons, que l'alternative n'existe pas au profit du bailleur : vainement donc offrirait-il de résilier, si la réduction du prix est demandée, ou de diminuer le prix, si le preneur a demandé la résiliation : l'option entre l'un et l'autre parti n'est accordée qu'à ce dernier ; le juge doit prononcer sur ses conclusions, sans pouvoir prendre un autre parti, quand même il paraîtrait plus équitable (1).

Le preneur doit-il nécessairement opter entre la résiliation et la diminution du prix ? Pourrait-il exiger que le bailleur fît des réparations à la partie de la chose qui n'a pas péri ? (*Voyez infra* quest.)

En cas de perte soit totale, soit partielle, arrivée par cas fortuit, le preneur ne peut prétendre à des dommages-intérêts. — Il en serait autrement, ainsi que nous l'avons vu, si la perte provenait de la faute du bailleur, ou si la chose avait péri par suite de vices existant lors du contrat. (Art. 1721).

Il faut assimiler au cas de perte matérielle, la privation absolue ou momentanée de jouissance, causée par un événement de force majeure (2); par ex., si le preneur est forcé, en temps de guerre ou de maladie contagieuse, de quitter son habitation; en cas de troubles civils, si celui qui a pris à ferme un droit de péage, se trouve dans l'impossibilité d'user de son droit.

La crainte d'un danger réel que présenterait l'usage de la chose, constituerait également, suivant que l'obstacle serait perpétuel ou temporaire, une cause de résolution du bail ou de diminution des loyers. Par ex., si un locataire a été obligé de déloger parce que la maison louée menaçait ruine. — Il suffit, en effet, que le locataire ait un juste sujet d'appréhender la ruine de la maison ; on ne peut raisonnablement exiger que l'événement ait justifié cette crainte.

Mais il faut que l'impossibilité d'user soit réelle ; qu'il y ait un événement de force majeure ; que l'obstacle soit irrésistible ; que le péril soit inévitable : de simples considérations de prudence ne pourraient légitimer l'action en garantie. Par ex., on ne dispenserait pas du paiement des loyers ou fermages, le preneur qui cesse-

(1) Duvergier Louage, t. 1 n. 522. Troplong n. 213. Cass. 23 juillet 1827. Paris 5 mai 1826, 22 décembre 1825. Rouen 15 juin 1844. Dall. n. 202. Paris 8 mars 1841. Dall., Force majeure, n. 29. Rouen 11 février 1842. Dall., Louage, n. 202.

(2) Pothier n. 148 Duvergier n. 524. Troplong n. 225 et 236. Marcadé sur l'art. 1722. Bruxelles 16 janvier 1823. Nancy 7 mai et 30 décembre 1837. Paris 19 février 1844. Dall. n. 210. Cass. 1er mai 1848. D. p. 48, 1, 86. Douai 8 janvier 1849. D. p. 49, 2, 79.

rait d'habiter les lieux, uniquement pour fuir le théâtre de la guerre, ou se soustraire au danger d'une maladie épidémique ou contagieuse : il faudrait que l'expulsion eût été ordonnée soit par les chefs militaires, soit par les autorités sanitaires, que les communications de l'extérieur avec l'intérieur eussent été interrompues par l'effet des mesures sanitaires, et dans le cas de ruine imminente d'une maison, que des experts eussent constaté le péril (1).

Bien moins encore le preneur est-il admis à invoquer le bénéfice de l'art. 1722, si l'obstacle à la jouissance provient non de l'état des lieux, mais de sa *position personnelle*, par ex., s'il a été obligé de s'éloigner par suite d'une condamnation judiciaire ou pour le service de l'État (2) ; sauf bien entendu toute stipulation contraire.

Ce sont là au surplus des questions de fait, entièrement abandonnées l'appréciation des tribunaux.

Observons, que la perte survenue *par cas fortuit*, peut seule donner lieu à une diminution de prix ou à la résiliation du bail : le preneur ne serait donc pas recevable, si l'événement dont il a été victime n'avait pas ce caractère, par ex., si le cours d'eau nécessaire pour l'exploitation d'une usine qu'il a prise à bail, tarissait *habituellement* à certaines époques, (3) ou si des hôtelleries s'étaient fondées près de celle qui a fait l'objet du bail, en sorte que le profit sur lequel il comptait se trouvât considérablement réduit par l'effet de la concurrence ; car ces circonstances ont pu être prévues : le bailleur n'aurait pu exiger d'augmentation des loyers, si les lieux étaient devenus plus productifs ; il ne doit pas subir de réduction, s'ils ne procurent pas tous les avantages que le preneur pouvait espérer.

Peu importerait que le preneur eût fait connaître au bailleur les considérations qui le déterminaient à contracter : Il ne suffit pas, pour donner lieu à la résiliation ou même à une diminution du prix, que des événements aient rendu la jouissance moins avantageuse ; il faut une réserve formelle :

Par ex., si le preneur s'est borné à déclarer dans le contrat, que le prix du loyer est fixé à une certaine somme, en considération d'un établissement d'une certaine nature, qu'il se proposait de former, sans stipuler que le prix sera réduit au cas où l'établissement projeté ne se réaliserait pas, le juge contreviendrait à la loi, en donnant à la déclaration l'effet d'une condition résolutoire ou d'une cause de réduction (4).

A cette occasion Pothier n° 143 pose l'espèce suivante :

« J'ai loué à quelqu'un une auberge sur la grande route ; depuis et pendant le temps du bail, la grande route a été changée, de

(1) Duvergier n. 325. Troplong n. 227. Paris 13 mars 1832. Dev. 1832, 2, 330.

(2) Duvergier n. 524 et 527.

(3) Rouen 21 juillet 1838. Nîmes 1er juin 1839. Dall. n. 217.

(4) Duvergier n. 529. Troplong, t. 2 n. 234. *Voy.* cep. Marcadé art. 1722.

manière que cette auberge, qui était très-fréquentée ne se trouvant plus sur la route est devenue déserte ; en ce cas, quoique le locataire jouisse de toutes les parties de la maison, est-il fondé à demander une diminution du loyer ? Oui, dit-il, car la jouissance de cette auberge souffre, par le changement de la route, une altération et une diminution très-considérable. »

Duvergier (n° 529) critique cette décision : « Pothier dit-il enlève ainsi arbitrairement à la convention sa puissance ; il confond les considérations qui ont déterminé les parties, avec la *condition* du contrat : dans l'espèce, le preneur doit s'imputer de ne pas avoir fait de réserves ; le preneur en gardant le silence, s'est soumis aux chances de gain et de perte.» — Il serait dangereux, en effet, d'admettre la théorie de Pothier, car elle aurait pour résultat d'autoriser les tribunaux à donner aux conventions une portée souvent contraire à la volonté des parties. D'ailleurs la diminution de l'achalandage par le percement d'une deuxième route est un événement auquel le preneur a dû s'attendre : la multiplicité des communications est une mesure d'intérêt général, que tout homme sage doit appeler de ses vœux ; dès lors il n'est pas fondé à se plaindre. — Mais que doit-on décider si la route a été supprimée ? Ce cas diffère essentiellement de celui qui précède : l'interruption totale de communications par cette voie est un événement exceptionnel. Nul ne peut s'attendre à ce qu'on l'enclave, à ce qu'on prive de ses débouchés la localité qu'il habite : le locateur se trouve, par un cas de force majeure, dans l'impossibilité de procurer la jouissance promise, dès lors, il y a lieu de résoudre le bail puisqu'il n'a plus d'objet.

Nous supposons que c'est une auberge toute montée qui a été louée : si c'était simplement une maison, la garantie ne serait pas due, encore que le preneur eût établi dans cette maison une auberge (2).

Il s'agit comme on le voit de questions de fait, entièrement abandonnées à l'arbitrage des tribunaux.

La perte de la chose louée emporte résiliation de bail, lors même qu'elle est imputable au preneur ; les termes de l'art. 1722 sont généraux et absolus : mais alors, celui-ci doit indemniser le bailleur de la privation de ses loyers, pendant le temps que dure la reconstruction, et la relocation des bâtiments (3).

Le loyer n'est dû que pour la jouissance procurée au preneur, en

(1) Troplong, n. 234. Cass. 14 novembre 1827.

(2) Troplong n. 232. 1234. Marcadé art. 1722. Dall. n. 217.

(3) Rouen 16 janvier 1845. D. p. 45, 2, 172. Bordeaux, 4 octobre 1831, 24 décembre 1833. Dall. n. 203 et 205. Paris 8 mars 1841. Dall. Force majeure n. 29.

vertu du bail : il va sans dire, en effet, que si ce dernier a acquis, pendant le cours du bail, la pleine propriété ou du moins l'usufruit de la chose louée, il doit être déchargé du loyer pour le temps qui reste à courir, depuis cette acquisition.

Il nous reste à rappeler, que le preneur ne peut, en cas de perte soit totale, soit partielle de la chose louée, arrivée par cas fortuit, prétendre à des dommages-intérêts : plusieurs fois déjà nous avons appliqué ce principe. La résiliation du bail ou la diminution proportionnelle du prix, est tout ce qu'il peut demander.—On doit décider autrement, lorsque la perte est imputable au bailleur, ou lorsque la chose a péri par suite des vices existant lors du contrat : des dommages-intérêts sont alors dus au preneur. L'indemnité doit être fixée d'après la somme des bénéfices nets, que le fermier aurait pu obtenir chaque année, jusqu'à la fin du bail (1).

L'art. 1722, n'est pas seulement applicable aux baux des maisons et des biens ruraux ; mais encore au louage de choses mobilières : vous m'avez loué un cheval; ce cheval est tué ou grièvement blessé par un accident qui ne m'est pas imputable : le contrat sera résolu de plein droit ; je ne devrai que le nombre de jours pendant lesquels je l'aurai gardé (1741).

Les parties peuvent-elles valablement stipuler que la perte totale de la chose louée n'entraînera pas la résiliation du bail ? Non évidemment : cette clause serait frappée de nullité radicale ; car on ne peut concevoir de bail sans une chose qui en soit l'objet (2).

Pour que le preneur puisse demander soit la résiliation du bail, soit une diminution de prix, il faut que l'événement ait une certaine importance : une simple gêne, une légère diminution des avantages du bail, ne suffiraient point pour faire admettre sa demande.

— Que devrait-on décider, si la force majeure, tout en laissant subsister la chose et ses parties matérielles mettait obstacle à ce qu'elle fut employée à sa destination ? — Distinguons : cet événement n'ouvre pas d'action en garantie, si la destination est le fait du preneur ; mais il en est autrement, si elle a été convenue comme condition du bail ; car le bailleur doit procurer la jouissance qu'il a promise. Exemple : un contrat de bail, porte que le prix du loyer est fixé à telle somme, en considération d'un établissement d'une certaine nature que le preneur se propose de former : l'établissement manque par l'effet du refus d'une autorisation administrative : le bailleur ne subira pas de diminution dans le prix stipulé, quand même ce prix aurait été fixé à un taux plus élevé, à raison de la destination que devait recevoir la chose ; — mais si l'effet du bail est subordonné à la condition que l'autorisation sera obtenue, nul doute qu'il y aura lieu à garantie (3).

Supposons maintenant que la force majeure ait fait cesser momentanément la jouissance d'un accessoire de la chose ; par ex., qu'une forte sécheresse ait tari pendant quelque temps le cours d'eau qui alimentait un moulin, ou qu'elle ait des-

(1) Amiens, 11 mars 1837. Dall. n. 206.
(2) Dur. n. 213 t. 17. Turin 16 mars 1811.
(3) Duvergier, t. 1 n. 529. Troplong, t. 2 n. 234. Cass. 14 novembre 1827.

séché les citernes nécessaires pour arroser un jardin loué : le preneur sera-t-il fondé à demander la réduction de prix? — Distinguons : si le cours d'eau tarissait chaque année, à l'époque des chaleurs, cet événement est du nombre de ceux que le preneur a dû prévoir ; par conséquent, le bailleur n'en est pas responsable. — Mais il y aura lieu à réduction, si une sécheresse insolite et prolongée, a occasionné le chômage de l'usine, pendant une partie notable de l'année (1). Voyez les distinctions que nous établirons sous les art. 1769 et suiv.

Nous appliquerons toujours par argument des art. 1769 et suiv. ces distinctions au cas où des fermiers de droits incorporels, par exemple, d'un droit d'octroi, d'un droit de péage, auraient été privés en totalité ou en partie, pendant un certain temps, à la suite d'une sédition ou autre événement de force majeure, de la jouissance de ce droit : le preneur pourra obtenir une réduction, si la perte est considérable (2).

Le preneur qui a été privé par cas fortuit d'une partie de la chose, peut se borner à demander une diminution de prix, bien que la perte soit assez considérable pour donner lieu à résiliation : mais alors peut-il exiger que le bailleur remette en état ce qui reste? — Duvergier (n. 522 et 523) se prononce pour la négative : le preneur, dit-il, doit opter entre la résiliation et la diminution du prix ; la loi ne lui accorde que cette alternative. — Assurément, si le sinistre provient d'une force majeure, qui ouvre au bailleur une action en indemnité, comme l'incendie d'une maison assurée, ou l'expropriation pour cause d'utilité publique, le preneur peut demander que le bailleur fasse des réparations à la partie de la chose qui n'a point péri, afin de rendre possible la continuation du bail : on peut dire qu'il n'éprouve aucune perte ; que la chose se trouve seulement transformée : mais il ne jouit point de cette faculté, lorsque la destruction partielle a été occasionnée par un de ces sinistres, qui n'amènent avec eux que des pertes sans indemnité ; car, ce serait grever le propriétaire, d'un nouveau fardeau qu'il pourrait se trouver dans l'impossibilité de supporter : tout est perte dans le sens de l'art. 1722 pour le propriétaire dépouillé par un événement de force majeure (3). — Troplong (no 220) adopte le système contraire : l'art. 1720, dit-il, n'admet pas de distinction, il veut que le bailleur fasse pendant la durée du bail toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires ; le bailleur est tenu, par la nature du contrat, d'entretenir la chose en bon état ; en l'affranchissant de cette obligation, on l'autoriserait à résoudre le bail, par sa seule volonté, avant l'expiration du délai fixé : — l'art. 1722 garde, il est vrai, le silence sur les droits du preneur ; mais ce silence peut s'expliquer : le législateur a pensé qu'il était inutile de rappeler un droit qui résulte formellement de l'art. 1719 ; qui est inhérent à la position du preneur. — Cette dernière opinion nous paraît fondée en droit : il faut en effet distinguer la destruction des dégradations : cette dernière circonstance ne donne point lieu à l'application de l'art. 1722 ; elle oblige seulement le bailleur à réparer le dégat (arg. de l'art. 1719 2° et 1720 al. 2). Par exemple, lorsque les cheminées d'une maison sont renversées par un coup de vent, ou lorsqu'un amas extraordinaire de neige fait enfoncer les toitures, on ne peut dire que la maison est détruite en partie ; elle est seulement endommagée : les travaux à faire ne constituent point une reconstruction, mais une réparation — la question de savoir si l'immeuble était assuré, ne peut changer la position des contractants : dès le moment où la chose a cessé d'exister en partie, le bail cesse dans la même proportion. — Il appartient aux tribunaux de décider en fait, si dans une espèce donnée, tels travaux doivent être considérés comme

(1) Pothier, n. 143. Troplong, n. 235. Daviel, Cours d'eau, t. 2 n. 657. Rouen 21 juillet 1838. Dev. 1839, 2, 94.

(2) Troplong, n. 237.

(3) Paris 12 février 1833. Dev. 1833, 2, 606.

reconstructions ou comme réparations; s'il y a lieu de contraindre le bailleur à rendre les lieux habitables, ou de résoudre le bail (1).

Le preneur peut-il, en cas d'un incendie dont il serait responsable vis-à-vis du propriétaire, écarter la demande en résiliation, formée par celui-ci, en offrant de rétablir les lieux dans leur état primitif ou en indemnisant le propriétaire? — Distinguons : lorsque la chose a péri en totalité, il ne dépend ni de l'une ni de l'autre partie d'empêcher la résiliation du bail, puisque l'objet même du contrat est détruit : mais si la perte n'est que partielle, la résiliation prononcée contre le vœu du preneur serait une atteinte portée à ses droits, une violation flagrante de l'art. 1722 : cet article, ne peut être invoqué par le bailleur, puisqu'il ne dispose qu'en faveur du preneur (2).

Nous avons vu, que les pertes graves amènent une diminution des loyers; réciproquement les profits considérables et imprévus, faits par le preneur, donnent-ils lieu à une augmentation de prix? — Cette question était controversée dans l'ancienne école : Accurse, et Bartole se prononçaient pour l'affirmative : mais l'opinion contraire, soutenue par plusieurs auteurs, entre autres par le président Favre, avait triomphé. De nos jours, elle ne trouve plus de contradicteur : le locateur a promis de faire jouir; or, il n'y a plus de jouissance, — lorsque les fruits périssent par l'effet d'une force majeure; donc cet événement doit rester à sa charge : — mais les mêmes raisons de réciprocité n'existent pas, lorsque le fermier réalise des bénéfices énormes : le contrat, en ce cas, n'éprouve aucune altération; la loi protége le preneur, elle ne doit pas la même protection au locateur (3).

1723. Le bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée. (C. 1728 s.)

=Le bailleur est garant de ses faits personnels; par conséquent, il ne peut changer l'état des lieux, même en partie, sans le consentement du preneur : vainement dirait-il que les travaux tendent à rendre la chose plus commode, plus agréable, ou plus productive : la règle est absolue (4).—Ainsi, le preneur ne pourrait, contre le gré du bailleur, convertir une terre labourable en prairie ou en bois, boucher une fenêtre ou supprimer une porte, donner à sa maison un étage de plus (5) : il doit laisser les choses dans l'état où elles étaient au moment du bail (*voyez* nos observations sur l'art 1719).

Gardons-nous de confondre les changements de forme avec les réparations : Nous verrons sous l'article suivant, que le preneur doit, en certains cas, souffrir ces derniers travaux, quelque incommodité qu'il éprouve.

(1) Marcadé, art. 1721. Paris 5 mai 1826.

(2) Duvergier, n. 521. Troplong, n. 213. Paris 22 décembre 1825. Cass. 23 juillet 1827.

(3) Troplong, n. 240 et 325. Duvergier, n. 404. Ce dernier auteur se fonde sur des motifs que combat Troplong : du reste, l'un et l'autre arrivent au même résultat. On peut opposer un arrêt de la cour de Grenoble du 5 mars 1835. Dev., 35, 2, 320. Mais, dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'un événement imprévu qui avait procuré au preneur d'une carrière de pierre un débit plus considérable que par le passé et de nature à épuiser la carrière : il y avait abus de jouissance, ce qui donnait lieu à l'application de l'art. 1729.

(4) Troplong, n. 243. Dur. n. 66, t. 17. Duvergier, n. 307. Bordeaux, 26 juillet 1831.

(5) Paris 9 janvier 1844 et 20 février 1843. Dall. n. 228. Les modifications que Pothier (n. 75) admettait sur ce point sont rejetées de nos lois modernes.

1724. Si, durant le bail, la chose louée a besoin de réparations urgentes et qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée.

Mais, si ces réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé.

Si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci pourra faire résilier le bail. (C. 1720, 1721. — Pr. 135, *n°* 2. Loi du 23 mai 1838, art. 4.)

= Le preneur peut exiger que la chose soit maintenue par le propriétaire, en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée : mais libre à lui de subir, s'il le préfère, les inconvénients qui résultent des dégradations, et même de s'opposer à ce que les travaux soient faits, s'il ne veut pas se soumettre à la gêne momentanée qu'ils occasionneront (1).

« Quoique les réparations que le bailleur veut faire à sa maison « soient nécessaires, dit Pothier (n° 701), si elles ne sont pas « urgentes, et qu'il paraisse que le propriétaire ne se presse de les « faire à la fin du bail, que pour éviter l'incommodité qu'elles lui « causeraient si elles se faisaient, lorsque après l'expiration du bail « il sera rentré dans sa maison et pour faire tomber sur son loca- « taire cette incommodité, le locataire peut encore, en ce cas, être « reçu à empêcher le propriétaire de faire les réparations. »

La position change, lorsque les réparations à faire sont *urgentes ;* c'est-à-dire, lorsqu'elles sont tellement essentielles qu'elles ne pourraient être différées sans de graves inconvénients jusqu'à la fin du bail : le preneur doit alors les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent ; quand même il devrait se trouver privé momentanément d'une partie de la chose louée ; sans pouvoir exiger la remise d'une partie du prix du bail. « Le locataire a dit le tribun Mouricault, a dû prévoir qu'il pourrait survenir des dégradations à la chose louée, qu'elles pourraient lui occasionner de l'embarras, que cependant, il serait nécessaire d'y pourvoir, qu'il serait même intéressant pour lui qu'on ne les négligeât pas : il a dû déterminer d'après ces considérations le prix qu'il lui convenait de donner. » (Fenet. t. 14, p. 326).

L'urgence est un fait abandonné à l'appréciation des tribunaux.

En imposant au preneur l'obligation de souffrir les réparations urgentes, la loi prend soin d'établir des limites à cette règle : elle

(1) Paris 9 janvier 1844. Pal. 1844, 1. 184.

ne présume pas qu'il ait entendu subir pendant plus de quarante jours l'inconvénient des réparations, sans se faire indemniser. — Aux termes du deuxième alinéa de l'article 1724, « le prix du bail doit en ce cas être réduit, à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont le preneur a été privé. »

Nous supposons, bien entendu, que l'incommodité a été grave: le locataire ne peut prétendre à une remise sur ses loyers, pour privation de quelque faible partie de la chose louée : ce dernier cas est tacitement prévu et accepté par le bail. (Pothier n° 77.)

Pour calculer la diminution du loyer à laquelle le locataire peut prétendre, doit-on compter les quarante jours de grâce que la loi accorde au bailleur ? — Troplong (n° 253), se prononce pour la négative : « Quoi donc, dit-il, la loi ne voit aucune faute, aucun principe de dédommagement dans les travaux renfermés dans l'espace de quarante jours ? Est-ce que sa juste tolérance s'est effacée, parce que le travail s'est prolongé au-delà ? Que l'excédant soit cause d'indemnité, rien de plus juste ; mais les quarante premiers jours sont des jours de franchise : pourquoi vouloir en priver le bailleur ? Où est le texte qui le condamne ? » — Quoiqu'il en soit, la loi nous paraît formelle : ces mots : « Le prix du bail sera diminué *à proportion* « *du temps* et de la partie de la chose louée dont il a été privé, » ne laissent pas matière à interprétation : il n'est pas dit, *pour ce qui excède les quarante jours de grâce.* D'ailleurs, le passage suivant du rapport au Tribunat lève tous les doutes : Si les réparations durent plus de quarante jours, alors la loi... autorise le preneur à réclamer une diminution de loyer proportionnelle à la privation et à sa durée. » (Fenet. t. 14, p. 326). — Ainsi, on doit compter tout le temps qui a couru depuis le commencement des travaux : les réparations sont réputées causer un préjudice assez grave, pour donner lieu à une diminution de loyer, lorsqu'elles ont duré plus de quarante jours : prendre pour point de départ le quarante et unième jour, ce serait méconnaître le texte et l'esprit de la loi (1). Si les travaux ont duré, par ex., cinquante jours, le preneur peut prétendre à une indemnité pour cinquante jours.

Telles sont les règles établies pour le cas de simple incommodité, ou de privation partielle de jouissance : mais, que doit-on décider, lorsqu'il y a impossibilité totale, absolue de jouir ? Ce cas est prévu dans le dernier alinéa ainsi conçu : « Si les réparations sont de « telle nature, qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au « logement du preneur et de sa famille, celui-ci pourra faire résilier « le bail. » — Remarquons ici les termes de la loi : elle n'exige point, pour autoriser la demande en résiliation, que le logement du preneur ait été rendu inhabitable pendant quarante jours : la pri-

(1) Delv. 3, p. 189, n. 4. Duvergier, n. 303. Zach. t. 3 p. 9. Dur. n. 67. Rolland, Bail n. 363.

vation totale du logement est une circonstance grave, qui peut faire prononcer la résiliation, quoiqu'elle n'ait pas duré quarante jours : c'est là un point de fait abandonné à l'appréciation des tribunaux. Ils pourraient ne pas avoir égard à cette demande, si les réparations devant être terminées dans un bref délai, le bailleur offrait de procurer au preneur un autre logement, quand même il ne serait pas aussi commode, et de l'indemniser des frais de déménagement; les circonstances atténueraient alors la gravité du fait (1). — Toutes les difficultés qui s'élèvent sur ce point doivent être jugées *ex œquo et bono.*

Au résumé, pour que le preneur soit tenu de souffrir les réparations, trois conditions sont requises; il faut : 1° qu'elles soient urgentes; — 2° qu'elles ne dépassent pas le délai de 40 jours; — 3° qu'elles ne rendent pas inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille. — Il y a lieu à une diminution de prix, calculée sur la privation de jouissance, si les réparations durent plus de quarante jours. — Les tribunaux peuvent prononcer la résiliation, si les lieux sont inhabitables, lors même que la privation de jouissance n'a pas duré quarante jours; à moins que le bailleur n'offre au preneur un autre logement et une indemnité pour frais de déménagement.

Observons, que l'unique dédommagement accordé au preneur, à raison des réparations, consiste en une diminution de prix : il ne peut donc prétendre à de plus amples dommages-intérêts. — Exceptons le cas où le bailleur serait en faute; ce qui aurait lieu, par ex., si les dégradations d'abord légères, et pouvant être facilement réparées, s'étaient aggravées au point de rendre les lieux inhabitables (Troplong, n. 252).

Bien que placé sous la rubrique des baux des maisons et des biens ruraux, notre article s'applique par analogie à toutes autres choses qu'il est urgent de réparer pendant la durée de la location; notamment, quand il s'agit d'une usine, d'une manufacture, ou d'un héritage rural : les expressions de notre article sont énonciatives et non limitatives (2).

1725. Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel. (615.)

— Après avoir réglé le cas où le trouble proviendrait du vice de la chose (1721 et 1724), d'une force majeure (1722) ou du fait du bail-

(1) Duvergier, n. 300. Dur. t. 17 n. 67.
(2) Troplong, n. 254. Zach. t. 3 p. 362. Duvergier, n. 301.

leur (1723), la loi suppose, dans les art. 1725 1726 et 1727, qu'il est causé par un tiers.

Les tiers peuvent troubler le preneur de deux manières : soit par des voies de fait (1725), soit en manifestant judiciairement des prétentions à la propriété ou à la jouissance de tout ou partie de la chose louée (1726 et 1727). — En d'autres termes, le trouble est de *fait* ou de *droit*.

Au premier cas, c'est au preneur à se défendre : il ne peut élever contre le bailleur aucune réclamation ; l'art. 1725 nous paraît suffisamment explicite à cet égard.—Vainement, dirait-on, qu'il est une foule de cas où le bailleur, quoique à l'abri de l'action en garantie, est cependant obligé de subir un retranchement plus ou moins considérable sur le loyer ou fermage ; quelquefois même, de souffrir la résiliation du bail (1722, 1724, 1769) : Nous répondrions, que les obligations du bailleur peuvent être plus ou moins étendues; mais que le preneur n'agit pas moins en garantie, quand il exerce un recours contre le bailleur, pour l'exécution du bail, à la suite d'un trouble ; que le mot *garantie*, reçoit dans l'article 1725 un sens générique : — ainsi, le preneur ne peut prétendre même à une diminution de prix, si des gens malveillants ont jeté dans les étangs loués des substances vénéneuses qui ont détruit le poisson, ou si des voleurs ont enlevé tout ou partie des fruits : ces faits ne constituent pas des événements de force majeure ; mais de simples voies de fait.

Dans notre ancien droit, on décidait que si l'action contre les tiers auteurs du dommage était inutile, parce qu'ils étaient insolvables ou inconnus, le preneur pouvait demander au bailleur une remise totale ou partielle des loyers, suivant les circonstances ; en ce cas, on considérait le trouble comme un événement de force majeure (1): — Mais les auteurs du Code n'ont pas admis cette modification : ils ont considéré, que le preneur devait être puni pour n'avoir pas exercé une plus active surveillance. — Ainsi, dans aucun cas, le preneur ne peut, à raison de simples voies de fait, recourir contre le bailleur, même pour obtenir une diminution de prix (2).

Nous supposons, bien entendu, que les voies de fait n'ont eu pour résultat, que de priver temporairement le preneur de sa jouissance : si la chose même avait été détruite, soit en totalité, soit en partie, on rentrerait dans le cas prévu par l'art. 1722 : il n'y aurait plus lieu d'appliquer l'art. 1725.

Gardons-nous, surtout, de confondre les voies de fait avec les événements de force majeure proprement dits ; c'est-à-dire, avec les cataclysmes, qu'il n'est donné à l'homme ni de prévoir, ni de se garantir : tels que les ravages causés par la guerre, par l'invasion de bandes armées, par les inondations, par les incendies : ce cas est réglé

(1) Pothier, Louage, n. 81.
(2) Duvergier, t. 3 n. 315. Troplong, n. 257.

comme le précédent, par l'art. 1722 : le bailleur s'est engagé à procurer la jouissance de la chose : si le preneur n'obtient pas cette jouissance, ses obligations n'ont plus de cause.

Que devrait-on décider, s'il s'agissait de voies de fait antérieures à l'entrée en jouissance, qui eussent empêché le preneur de prendre possession? Lorsque le bailleur a rempli l'obligation de livrer, cas prévu par l'art. 1725, il est rationnel de laisser au preneur, le soin de se défendre, si des tiers s'opposent par des voies de fait à sa jouissance; mais telle n'est pas notre hypothèse : nous supposons qu'il n'y a pas eu mise en possession effective ; que le bailleur n'a pas délivré la chose, première obligation que lui impose l'article 1719 : le preneur est dès lors fondé à demander la résiliation du bail (1).

Passons au cas de trouble de droit :

1726. Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire. (C. 1721, 1725, 1727, 1768).

=Le trouble de droit, ainsi que nous l'avons vu, est celui qui résulte de la prétention élevée par un tiers, soit à la propriété soit à la jouissance de la chose louée, soit même à un droit de servitude sur cette chose.

Nous déterminerons les phases diverses de ce trouble et les conséquences de la garantie à laquelle le bailleur se trouve soumis pour chacune d'elles : sur ce point, Pothier (nº 83) établit les règles suivantes :

Le bailleur est garant, si la cause ou le germe de la cause d'éviction existait à l'époque où le bail a été conclu, soit qu'il en ait eu connaissance, soit qu'il l'ait ignoré.

Il ne doit pas de dommages-intérêts, si le preneur connaissait cette circonstance lors du bail, à moins de stipulation contraire ; mais le preneur privé de tout ou partie de la jouissance, a toujours droit, soit à la remise totale du prix, soit à une réduction.

Le preneur n'est point recevable, lorsqu'il est lui-même, en une autre qualité, garant de l'éviction envers le locataire. Par ex., je prends à bail un fonds que j'avais précédemment vendu, croyant en être légitime propriétaire : si ce fonds est revendiqué, je ne pourrai agir en garantie, pour trouble apporté à ma jouissance.

Le bailleur est garant, si la cause d'éviction procède de son fait, quand même elle n'aurait existé que depuis le bail.

(1) Duvergier, t. 1 n. 277. Troplong, t. 2 n. 262, 280, 281. Marcadé, art. 1725. Cass. 7 juin 1837. Dev. 1837, 1, 970. Dall. n. 240. *Voy.* cep. Nîmes 26 juin 1806.

Il peut être actionné en garantie, non-seulement en cas d'éviction totale ou partielle de la jouissance ; mais encore, lorsque le trouble tend seulement à gêner cette jouissance ; par ex., si un tiers prétend un droit de servitude sur le fonds loué.

Enfin, il y a lieu à garantie, ainsi que nous l'avons déjà dit, soit que le trouble ait été causé au preneur lui-même, soit qu'il ait été causé à ses sous-preneurs.

Appliquons ces règles :

Lorsque par le résultat du trouble concernant le propriété du fonds, le preneur est privé de tout ou partie de sa jouissance, il a le droit d'exiger, suivant les circonstances, soit une diminution proportionnelle du prix, soit la résiliation du bail, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu ; c'est-à-dire, si le trouble provient d'une cause antérieure au bail, ou s'il est imputable au bailleur.— A la vérité, l'art. 1726 semble restreindre l'effet de la garantie à une diminution de prix ; mais cette rédaction est incomplète : tout fait quelconque de l'homme qui cause du dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (1382) : ce principe fondamental, reçoit son application, quand il s'agit du louage, comme en toute autre matière : ainsi, les art. 1744 et suiv. reconnaissent que le preneur, dépouillé de la chose louée, peut prétendre à des dommages-intérêts. L'art. 1721 est conçu dans le même esprit.

On doit comprendre dans le dommage que le bailleur doit réparer, les frais de déménagement, les dépenses extraordinaires que le preneur a faites sur le fonds, la perte des profits qu'il aurait retiré d'une sous-location avantageuse (1) ; en un mot, tout dommage éprouvé et toute perte des bénéfices : La loi s'en est formellement expliquée en matière de vente ; or, le contrat de vente et le louage ont entre eux une étroite analogie.

Toutefois, le preneur ne peut agir en garantie, qu'autant qu'il a dénoncé le trouble et l'empêchement au propriétaire : En effet, comment l'admettre à demander la réparation d'un préjudice que ce dernier, averti en temps utile, eût peut-être pu lui épargner ? Bien plus, il serait passible de dommages-intérêts, si par suite de son silence il avait fait perdre au bailleur la possession annale. (1768) (2).

Jugé toutefois que l'art. 1726 n'est pas tellement impératif que la dénonciation ne puisse être suppléée ; nul doute que le fermier est à l'abri de toutes réclamations lorsque le propriétaire a été informé du trouble par une autre voie, et qu'il peut en ce cas agir en garantie s'il a fait constater en temps utile le dommage qui lui a été causé.

Le preneur peut prétendre à une réduction proportionnelle du

(1) Pothier, Vente, n. 487, 500 et 502, Louage, n. 92. Troplong, n. 277. Duvergier, n. 337.

(2) Duvergier, n. 323. Zach. t. 3 p. 11. Troplong, t. 2 n. 281. Deiv. t. 3 p. 190, n. 3. Zach. t. 3 p. 11. Marcadé, art. 1726 et 1727. Cass. 1er décembre 1825.

(3) Troplong, n. 281, Duvergier. n. 323. Zach., t. 3, p. 11. Cass. 1er décembre 1825.

prix, quelque modique que soit la partie de l'immeuble dont la jouissance lui est enlevée : (1) l'art. 1769 semble, au premier abord, contredire la règle générale posée par l'article qui nous occupe; car il n'accorde de remise au fermier qu'autant qu'il a perdu la moitié de la récolte : mais, ces deux dispositions se concilient. Le bailleur est obligé de garantir au preneur la jouissance de toute la chose qu'il a louée; mais il y a toujours quelque chose d'aléatoire quand il s'agit des fruits à percevoir ; les bonnes années peuvent compenser les mauvaises, l'art 1769 exige que le dommage soit considérable pour que le preneur obtienne une remise sur ses fermages.

Il est bien entendu que le preneur n'a point d'action en garantie contre le bailleur, s'il a obtenu des dommages-intérêts, contre les auteurs du trouble (2).

En cas d'éviction partielle, sur quelle base opérera-t-on la réduction proportionnelle? Le juge devra rechercher, pour quelle valeur la partie enlevée est entrée dans le prix total des fermages, eu égard, non au temps de l'éviction; mais au temps où le bail a été passé : l'indemnité sera fixée sur la valeur respective des parties du fonds à cette époque (Pothier nº 93). — Les produits extraordinaires que le preneur aura retirés de la chose, seront pris en considération.

Si la valeur de la jouissance de la partie évincée a augmenté depuis le bail, cette plus-value donne lieu à des dommages-intérêts au profit du preneur.

Quelle est la position du preneur, s'il a laissé insérer dans le bail la clause de *non garantie*, bien qu'il ait connu la cause d'éviction? En matière de vente, le vendeur se trouverait affranchi, même de la restitution du prix (1629); mais évidemment, ce principe n'est point applicable, quand il s'agit du louage; car le bailleur n'acquiert de droit au prix que jour par jour (584 et 586), au fur et à mesure, en échange de la jouissance qu'il s'engage à procurer. (Troplong, nº 286).

1727. Si ceux qui ont commis des voies de fait, prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou d'une partie de cette chose,

(1) Pothier, n. 158. Duvergier, n. 324 et suiv. — Troplong (n. 282) exige que l'éviction ait causé au preneur un dommage de quelque importance : il admet cette règle posée par le président Favre : *Modicum incommoditatem conductoris non inducere remissionem mercedis sed ea tantum quæ magna sit..... Aliud siquidem est incommodum, aliud vero damnum, quorum non damnum modicum attendi valde solet.* — Mais les termes généraux du texte repoussent cette interprétation : le bailleur est en faute d'avoir donné à bail une chose qui avait un principe d'éviction : on doit le traiter avec rigueur. — Nous estimons cependant qu'il ne serait dû aucune réparation si le dommage était presque insignifiant.

(2) Duvergier, Louage, n. 326. Zach. t. 3 p. 11. Troplong, n. 281.

ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède. (C. 1768.)

= Le preneur n'a pas qualité pour répondre aux actions qui concernent la propriété; car il ne possède qu'au nom du bailleur, comme détenteur à titre précaire : or, les actions même possessoires n'appartiennent qu'à celui qui possède *animo domini :* — Soit que le trouble provienne d'un acte judiciaire (1725), soit que les auteurs des voies de fait prétendent avoir sur l'immeuble loué un droit de servitude d'usage ou d'habitation, il doit donc faire connaître son bailleur, et lui dénoncer le trouble : puis, il peut à son choix, ou demander sa mise hors d'instance, ou rester au procès et appeler immédiatement le bailleur en garantie, à l'effet de pouvoir exercer des répétitions contre lui en cas d'éviction. (Voy. art. 1768).

Jugé que le bailleur est responsable envers le preneur, du trouble apporté à la jouissance de celui-ci, lors même que ce trouble proviendrait de travaux faits par le voisin, en vertu d'une servitude légale, telle que celle résultant des art. 658 et 659 (1).

Dès que le preneur a fait connaître son bailleur, conformément à l'art. 1727, toutes poursuites en déguerpissement doivent cesser contre lui, encore que ce dernier, assigné directement, n'ait point constitué avoué.

La question de propriété ne peut être jugée qu'avec le propriétaire : tout jugement qui, interviendrait entre le preneur et un tiers sur une telle question, serait à l'égard du bailleur, *res inter alios acta* (2).

Remarquons ici une différence entre les effets de la garantie, suivant que cette action est introduite en matière de vente ou en matière de louage : l'acheteur a qualité pour défendre à l'action en revendication, puisqu'il est propriétaire; tandis que le preneur, n'étant que simple détenteur, s'affranchit de cette action, et doit même être mis hors de cause, s'il le requiert; de telle sorte que la garantie n'a d'intérêt pour lui, qu'autant qu'il est réellement privé de la jouissance; car alors seulement il éprouve un dommage qui donne lieu à l'application des règles de l'art. 1726. (3).

Nous disons que le preneur doit dénoncer immédiatement le trouble ou l'empêchement au propriétaire : en gardant le silence, il pourrait laisser acquérir le droit de possession, et par suite compromettre les droits de ce dernier : loin de pouvoir exiger une indemnité, le preneur, coupable d'incurie, serait passible de dommages-

(1) Paris 19 juillet 1848. Dev. 48, 2, 168.

(2) Duvergier n. 114 et suiv. t. 2. Cass. 7 juin 1836. Dev. 1837, 1, 134, 6 juillet 1841. Cass. 23 août 1854. Pal. 55, 1, 511. Dall. n. 247.

(3) Pothier, n. 91. Duvergier, n. 320.

intérêts, sauf à lui à démontrer que le bailleur n'aurait eu aucun moyen de faire cesser le trouble. (Arg. de l'art. 1640.) (Troplong, n° 181. Duvergier, n. 110, t. 2.)

Notre article considère uniquement l'auteur du trouble comme demandeur : quelle est la position du preneur, lorsque le trouble est passif, en d'autres termes, lorsque les tiers se tiennent sur la défensive; lorsque pour se défendre des poursuites dirigées contre eux, ils répondent : *Feci sed jure feci.* Dans ce cas, comme dans le précédent, il doit dénoncer le trouble au propriétaire, et l'assigner en garantie, pour qu'il ait à lui procurer la jouissance promise.

L'action en garantie est donnée contre le bailleur, ses héritiers ou autres personnes qui sont tenues de ses engagements, c'est-à-dire, contre ses successeurs universels ou à titre universel, et ses cautions.— Quant au successeur particulier, il ne répond que de ses faits personnels : en conséquence, il n'est pas soumis à l'action du preneur, à moins que son titre ne le soumette à cette obligation : *Successor particularis non debet stare colono* (1).

Obligations du preneur.

Après s'être occupé des obligations du bailleur, la loi détermine celles du preneur.

Les engagements du preneur résultent, comme ceux du bailleur, soit de la loi, soit des clauses particulières du bail.

1728. Le preneur est tenu de deux obligations principales :

1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;

2° De payer le prix du bail aux termes convenus. (C. 1723; 1729; 1730; 1741; 2102, *n°* 1; 2277. — Pr. *Saisie-gagerie*, 819 s.)

= Deux obligations principales sont imposées au preneur; il doit :

1° *User de la chose en bon père de famille ;* c'est-à-dire, en homme soigneux et prudent : ainsi, celui qui a loué un cheval ne doit pas lui faire faire de trop fortes journées ; — le fermier d'une vigne doit la bien cultiver ;— le fermier d'une métairie doit bien façonner les terres, en temps convenable : il ne lui est permis ni de les épuiser en les chargeant, ni de les dessaisonner.

Il est tenu en outre, par suite de cette même obligation, de veiller à la conservation de la chose, d'empêcher tout empiètement sur le fonds, d'interrompre la prescription des servitudes, etc.

(1) Troplong, n. 290. Duvergier, n. 333.

Le preneur commettrait un abus de jouissance, par ex., s'il perçait les gros murs ou les planchers, pour établir une conduite d'eau ou de gaz; car de tels travaux peuvent nuire à la solidité des bâtiments (1); — mais libre à lui de changer la distribution des appartements selon sa convenance, de modifier le système d'une cheminée, ou de faire tous autres travaux qui ne dégradent pas les lieux d'une manière grave; à charge par lui, bien entendu, lors de l'extinction du bail, de rétablir la chose dans son premier état (2).

Les faits qui constituent l'abus de jouissance, peuvent varier à l'infini; le juge est appréciateur des circonstances.

Le preneur est responsable non-seulement de sa propre faute; mais encore de celle de ses enfants, de sa femme, de ses serviteurs, de ses pensionnaires, de ses sous-locataires, et même des ouvriers qu'il fait travailler. (1735.)

2° *User de la chose suivant la destination* qui lui a été donnée par le bail, ou à défaut de convention expresse, suivant celle présumée, d'après les circonstances.

Point de difficultés, lorsque le bail renferme une clause formelle: A défaut de stipulation, il appartient au juge de rechercher quelle a pu être l'intention des parties: La profession que le preneur exerçait, au moment du bail, est de toutes les circonstances, celle qui peut avoir le plus d'influence sur la décision à rendre: on doit supposer, en effet, qu'il entend approprier les lieux aux besoins de son état (3). — Par ex., si je loue à un serrurier, je l'autorise implicitement à établir une forge et à transporter tous ses outils dans les bâtiments loués.

Dans le doute, on supposera que la chose a été louée pour servir à l'usage auquel elle est, par sa nature, destinée et auquel le bailleur avait coutume de la faire servir.—Par ex., le preneur ne pourrait transformer une maison bourgeoise, en auberge ou en café; une boutique, en écurie; des terres labourables, en pépinières. — Il manquerait encore à ses engagements, s'il attelait à une charrette un cheval de selle, ou s'il plaçait dans les lieux loués une maison de jeu ou de prostitution (4). (Arg. de l'art. 1729.) — Dans ces divers cas,

(1) Duvergier, n. 399, 448. Troplong, n. 311, 346. Bruxelles 18 mai 1822. Bourges 20 mars 1839. Dall. n. 303.

(2) Dur. n. 97. Duvergier, n. 398. Troplong, n. 310. Rennes, 28 juin 1828. Bourges, 24 avril 1828.

(3) Paris, 5 décembre 1814.

(4) Duvergier, Louage, n. 306 et suiv., 402. Troplong, Louage, n. 302 et suiv. Paris, 25 mars 1817. Paris, 11 mars 1326. Lyon, 6 février 1833. Dev. 1833, 2, 292. Cass. 19 mars 1835 Dev. 1835, 1, 186. Paris, 6 janvier 1838. Dev. 1840, 1847, 21 août 1840. Dev. 1840, 1, 867. Paris, 30 novembre 1839. Dev. 1840, 2, 121. Bourges, 4 mars 1842. Dall. n. 272. — La cour de Bourges (2 janvier 1837, Dall. n. 271. Pal, 1837, 2, 407) a jugé, il est vrai, que la conversion d'une maison bourgeoise en auberge n'était pas une cause de résiliation du bail; mais les raisonnements qui servent de base à cet arrêt ne sont que spécieux : il n'est pas nécessaire, en effet, qu'un propriétaire se prononce expressément sur la destination de la chose (*voy*. Dur. t. 17, n. 95. Troplong, n. 307, et 308).

le bailleur pourrait demander la résiliation du bail et des dommages-intérêts. — Il en serait ainsi, quand même l'acte porterait que le preneur ne *pourrait être expulsé pour quelque cause que ce fut :* Evidemment, le bailleur n'aurait pas entendu, par cette clause vague, autoriser des abus de jouissance ; mais seulement mettre le preneur à l'abri de toute éviction (Pothier, louage, nº 323).

3º *Payer le prix :* l'obligation de payer le prix n'est pas seulement de la nature du louage, elle tient à son essence.—Le pot-de-vin fait partie du prix.

Le paiement doit avoir lieu aux termes déterminés par le contrat : tantôt on convient d'une seule somme pour toute la durée du bail ; c'est ce qui a lieu, quand on loue un cheval pour faire un voyage ou pour servir pendant le temps de la moisson : tantôt on divise le prix convenu en plusieurs termes, par ex., par semestre, par trimestre, par mois, et même par jour.

A défaut de stipulations particulières, les parties sont censées vouloir se soumettre à l'usage des lieux.

S'il n'existe pas d'usage, le juge prononce, eu égard à la qualité et à la moralité des personnes. — A défaut d'indices suffisants, le paiement doit être fait annuellement. (Duvergier, nº 423.)

Dans tous les cas, le locataire peut, sauf stipulation contraire, éviter la résiliation, en payant avant le jugement définitif (1).

Quel est, vis-à-vis des tiers, l'effet des paiements anticipés ? (*Voyez* art. 2102.)

Quant aux quittances, il est de jurisprudence qu'elles peuvent être opposées par le locataire ou fermier, aux créanciers du bailleur, quoiqu'elles n'aient pas date certaine (2).

Le preneur doit payer ses loyers dans le lieu indiqué par le bail ; — s'il n'existe point de stipulation spéciale, les parties sont censées avoir entendu rester dans le droit commun : en conséquence, les loyers sont payables au domicile du preneur. (1247.) (Dall. nº 319.)

Rappelons ici, qu'aux termes de l'art. 1155, les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêts, du jour de la demande judiciaire, ou de la convention ; car cette somme est due *principaliter* et non comme accessoire d'une autre dette. (Pothier, nº 138.)

Sous notre ancienne jurisprudence, la production des quittances des loyers et fermages pour trois années consécutives, créait une présomption de paiement des années antérieures : on ne peut supposer, disait-on, qu'un créancier, aurait reçu de son débiteur les arrérages nouvellement échus, si des termes plus anciens lui étaient dus.

Sous le Code civil, on admet généralement que la quittance du

(1) Bourges, 8 juin 1812, 15 juin 1812.

(2) Troplong, n. 327. Duvergier, n. 464. Toullier, t. 8 n. 254. Turin, 26 février 1812. Besançon 15 février 1827.

dernier terme fait présumer le paiement des termes antérieurs, quand elle est donnée sans réserve ; sauf au bailleur à détruire l'effet de cette présomption, par la preuve contraire (1).

Quelle est la peine infligée au preneur, constitué en retard de payer ses loyers ou fermages? Le bailleur peut demander la résolution du contrat.

Pour que l'expulsion soit prononcée, le défaut de paiement d'un seul terme suffirait-il? Les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances, à la qualité et à la moralité des personnes, sans perdre de vue cette observation de Paul : *Nihil ex obligatione paucorum durum mora minuere* (2).

En principe, la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à ses engagements; mais le juge peut accorder au défendeur un délai de grâce (3). Pour que la résolution ait lieu de plein droit, il faut une clause résolutoire ; alors seulement l'art. 1184 cesse d'être applicable, et l'art. 1183 devient la loi des parties (4) (*voyez* nos observations sur les art. 1183 et 1184 p. 449 et suiv.) — Ces règles s'appliquent au payement des loyers.

Les loyers et fermages se prescrivent par 5 ans (2277). — Le bailleur a un privilége pour en assurer le paiement (2102).

Aux termes de l'art. 1248, les frais de paiement sont à la charge du preneur (5).

Indépendamment de ces obligations, qui sont principales, « le preneur doit payer, en l'acquit des propriétaires ou usufruitiers, les contributions foncières, pour les biens qu'il a pris à ferme ou à loyer. — Les propriétaires ou usufruitiers sont tenus de recevoir le montant des quittances de cette contribution, pour comptant, sur le prix des fermages ou loyers, à moins que le fermier ou le locataire n'en soit chargé par le bail (6). »

Duranton (n° 76) enseigne que le preneur peut diriger son

(1) Delv. p. 90, n. 8. Toullier, t. 7 n. 339. Duvergier, n. 470 et suiv. Troplong, n. 328. Rennes, 29 mars 1817.

(2) Loi 24, § 4, Loc. cond,

(3) Dur. t. 17 n. 130. Duvergier, n. 472. Troplong, n. 319 et suiv. Bourges 2 juin 1812. 15 juin 1812, 31 juillet 1806. Douai 29 décembre 1849. D. p. 50, 2, 57.

(4) Dur. n. 85. Rolland, v° Résolution, n. 64. Duvergier, n. 475. Toullier, t. 6 n. 549 et suiv. Dijon 31 juillet 1817. Paris, 19 février 1830.— Il est même de jurisprudence, que la résolution doit être demandée en justice, soit qu'elle doive avoir lieu aux termes des art. 1741 et, 1766, soit qu'elle ait été convenue expressément par le bail (Troplong, n. 316 et 320. Bruxelles 7 août 1811. Colmar 6 décembre 1814 et 5 juillet 1817) et que le juge peut, à raison des circonstances, accorder un délai au preneur, bien qu'il soit stipulé que la résolution aura lieu de plein droit, faute de paiement d'un terme, après commandement (Paris 27 mars 1843. Dev. 1843, 2, 259. D. p. 43, 2, 169. Pal. 1843, 2, 136).

(5) Duvergier n. 481. Paris 29 avril 1817. Cass. 29 novembre 1832. Dev. 1833, 1, 18.

(6) Loi du 3 frimaire an VII, art. 147.

action contre le bailleur, aussitôt qu'il a payé la contribution foncière ; mais cette opinion est contraire au texte précité (1).

A l'inverse de ce qui est établi pour la contribution foncière, « la contribution des portes et fenêtres est exigible contre les propriétaires, usufruitiers, fermiers et locataires principaux des maisons, bâtiments et usines, sauf ensuite leurs recours contre les locataires particuliers pour le remboursement de la somme due, à raison des locaux occupés (2).»

La contribution des portes et fenêtres est donc à la charge des locataires; mais le fisc doit diriger son action contre le propriétaire.

Il a même été jugé, que le propriétaire peut former cette réclamation contre le locataire, au bout de plusieurs années, encore qu'il ait donné des quittances sans réserve (3).

Quant à la contribution personnelle et mobilière, elle n'est due que par le preneur et ne peut être exigée que contre lui.

Rappelons ici, que le preneur doit exécuter à ses frais, les réparations locatives, sans recours contre le bailleur, à moins que les dégradations ne résultent d'un cas fortuit, de la vétusté, ou qu'elles ne soient antérieures à l'entrée en jouissance (1720, 1732, 1755).

L'art. 1728 s'applique au louage des choses en général (meubles ou immeubles), cela n'est pas douteux : plusieurs fois déjà, nous avons eu occasion de signaler les vices de la division de ce titre (4).

Le preneur doit restituer la chose dans l'état où il l'a reçue. (1730 et 1731.)

1729. Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail. (C. 1723, 1728, 1760, 1766, 618, 1881).

= Cet article sanctionne les dispositions du premier alinéa de l'art. 1728.

Quelques auteurs prétendent, que ce texte présente un vice de rédaction, que l'on doit substituer à la disjonctive *ou*, la copulative *et* : — en conséquence, pour que le bailleur ait le droit de se plaindre, il faut, suivant eux : 1° que la destination de la chose ait été changée, 2° que ce changement lui soit préjudiciable. — Cette interprétation s'appuie sur le passage suivant du rapport de M. Mouricault : «Si le preneur faisait servir la chose louée à un autre usage que celui auquel

(1) Duvergier n. 348. Troplong n. 333.

(2) Loi du 4 frimaire an VII art. 12.

(3) Cass. 26 octobre 1814. Duvergier n. 349. Dur. t. 17 n. 74 et 75. Favard, sect. 1, § 2, n. 2. Rolland, Rép. v° Bail, n. 349 bis. Troplong, Louage, t. 2 n. 333 et 334. Merlin, quest., v° Contributions des portes et fenêtres. Loi électorale du 19 avril 1831.

(4) Duvergier n. 242. Troplong n. 176 et 195. Dall. n. 151, 189, 192, 198.

elle était destinée, *et* s'il en pouvait résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci pourrait, suivant les circonstances, obtenir la résiliation du bail.— » (1) Nous pensons que la particule OU, doit être maintenue ; que l'art. 1729 correspond aux deux obligations imposées au bailleur par l'art. 1728, à savoir : l'obligation de jouir en bon père de famille, et celle d'user de la chose, suivant sa destination; que le législateur s'est proposé, par l'art. 1729, de donner au bailleur le droit d'agir contre le preneur dans l'un et l'autre cas, d'établir une corrélation entre les obligations du preneur et les droits du bailleur.— Il peut arriver, en effet, que ce dernier ait intérêt à s'opposer aux modifications, quoiqu'elles doivent lui devenir profitables : par ex., le propriétaire d'une maison d'habitation, peut s'opposer à ce qu'on convertisse cette maison en usine, lors même qu'elle devrait acquérir plus de valeur par sa transformation ; le propriétaire peut s'opposer au défrichement d'un taillis qu'il a donné à bail, bien que le sol doive procurer de plus grands avantages s'il est livré à la culture : *Invito beneficium non datur.* — Comme on le voit, il y a là deux idées distinctes : le législateur veut exprimer que la résiliation peut être demandée dans deux cas : 1° si le preneur ne jouit pas en bon père de famille, 2° s'il n'use pas de la chose, suivant sa destination : ce sont deux points de fait abandonnés à l'appréciation souveraine des tribunaux (2). La loi ne pouvait déterminer de règles à cet égard; car les circonstances susceptibles de constituer le preneur en faute, varient à l'infini.— Notons toutefois, que pour autoriser la résiliation du bail, en faveur du bailleur, il faut que les dégradations soient graves. (3).

Lors même que le preneur a commis des actes d'abus de jouissance, le juge n'est pas tenu de prononcer la résiliation du bail : il peut se borner à ordonner le rétablissement des lieux dans leur état primitif : la résiliation est une mesure extrême, à laquelle on ne doit recourir que dans des cas graves (4).

Si le changement de destination, loin de nuire au bailleur, lui a été profitable, le preneur peut-il prétendre à une indemnité? Nous pensons que le bailleur invoquerait avec succès, en ce cas, la maxime : *Invito beneficium non datur.* Lui imposer une telle obligation, ce serait le contraindre à des déboursés gênants et souvent le mettre dans l'impossibilité de reprendre sa propriété à la fin du bail. — Le preneur aurait donc à s'imputer d'avoir agi comme propriétaire, sachant qu'il n'était que détenteur précaire (*voyez* nos observations sur l'art. 1732).

(1) Duvergier n. 400. Dur. t. 17 n. 74.

(2) Troplong n. 381. Marcadé sur les art. 1728 et 1729. Zach. t. 3, p. 11, § 367.

(3) Cass. 19 mai 1825 et 18 novembre 1829. Duv. Louage, t. 2 n. 107. Troplong n. 316.

(4) Bourges 2 janvier 1837. Cass. 19 mai 1825, 18 novembre 1829. Colmar 26 avril 1815. Rennes 4 août 1815. Lyon 14 août 1840. Dall. n. 271, 287, 300.

La loi garde le silence sur les dommages-intérêts; mais il est évident que le bailleur peut en exiger, toutes les fois qu'il y a eu faute de la part du preneur.

Observons, que l'on doit laisser au fermier d'une terre, plus de liberté qu'au locataire d'une maison; car ce dernier mérite moins de faveur : « Le fermage, dit Duvergier n° 40, se paye pour l'usage d'une chose productive; tandis que le loyer des maisons se paye pour l'usage d'une chose non productive : dans ce dernier cas, le preneur a pour seul but, en faisant des changements, de satisfaire de vains caprices ou des *convenances* personnelles sans aucune pensée de spéculation. » — Au surplus, nous le répétons, le juge a un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

Les règles que nous venons d'établir, s'appliquent non-seulement aux baux des maisons et des biens ruraux, mais encore aux locations de meubles, autant que la nature des choses le comporte.

Le preneur peut toujours, avec le consentement du bailleur, changer la destination de la chose, pendant la durée du bail : mais comment établir la preuve de ce consentement, s'il est dénié? On applique les règles du droit commun; par conséquent, lorsqu'il s'agit d'une valeur supérieure à 150 fr., la preuve testimoniale n'est admise qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit; au-dessous de 150 francs, cette condition n'est pas requise (1341) (1).

— Quels sont les droits du bailleur, lorsque le preneur abuse de la jouissance, par ex., en d'ésachalandant une usine? Spécialement, le preneur d'une maison de commerce ou d'une auberge, encourrait-il des dommages-intérêts et serait-il soumis à une demande en résiliation, s'il fermait les magasins loués, ou s'il renonçait à l'exploitation de l'auberge? — L'affirmative nous paraît évidente : le magasin, son achalandage et l'auberge cesseront d'être fréquentés; en sorte que les lieux loués se trouveront par le fait dépréciés : — la doctrine et la jurisprudence admettent cette solution. — Un seul arrêt (Lyon 26 mai 1824), paraît au premier abord, avoir admis le système contraire; mais en examinant les faits, on reconnaît, que dans l'espèce jugée, l'achalandage n'était pas attaché au magasin. — La difficulté se réduit à des termes bien simples : L'achalandage est-il un attribut inhérent de la chose louée? forme-t-il une partie de sa valeur? c'est là une question de fait, livrée à l'appréciation des tribunaux (2).

Quelles sont les limites de l'usage accordé au preneur, quand la chose ne produit pas précisément de fruits; en d'autres termes, lorsque l'usage consiste à détacher une partie de la chose même, et tend ainsi à sa destruction; ce qui a lieu, quand il s'agit d'une carrière ou d'une mine : le preneur peut-il outrepasser les limites de l'exploitation suivie par le bailleur et absorber en peu de temps, pour satisfaire à des besoins imprévus, des produits qui devaient se répartir sur un grand

(1) Cass. 7 mai 1838. Dall. n. 283.

(2) Pothier Louage n. 189. Duvergier Louage, n. 403. Troplong Louage, n. 309. Paris 28 avril 1810. Pau 17 mars 1834. Dev. 1834, 2, 596. Dall. n. 278. Bourges 28 décembre 1835, 20 mars 1839. Pal. 1839, 2, 26. Nancy 26 février 1846. D. P. 46, 2, 117. Paris 1er mars 1830. Poitiers 28 juin 1854. D. P. 55, 2, 95.

nombre d'années? — Duvergier (n° 404), se prononce pour l'affirmative; il critique vivement à cette occasion, un arrêt de la cour de Grenoble (5 mai 1835, Dev. 1835, 2, 320, Dall. n° 235). Lorsque la jouissance d'une chose productive de fruits, est cédée moyennant une redevance annuelle, chacune des parties, dit-il, s'expose nécessairement et entend bien s'exposer à une chance; il y a quelque chose d'aléatoire dans tous les baux de choses productives de fruits. — A la vérité, l'art. 1769 dispose, par une dérogation toute spéciale, que si des cas fortuits réduisent une récolte à la moitié, le preneur peut exiger une réduction sur le prix du bail; mais c'est là une exception: il faut en restreindre les effets au cas prévu! or elle est uniquement relative aux produits de la récolte; donc on ne peut l'appliquer par extension aux produits d'une carrière; ces produits ne sont point des fruits proprements dits. — Si un cas fortuit avait mis dans l'impossibilité de retirer d'une carrière louée un produit accoutumé, le preneur n'aurait point droit à une remise : dans la position inverse, l'augmentation du débit ne peut donner lieu au paiement d'un prix plus élevé. — A quel titre le bailleur demanderait-il une indemnité? Il a su que la jouissance plus ou moins prolongée ou plus ou moins active d'une carrière ou d'une mine, diminuerait plus ou moins la masse des matériaux qu'elle contient; que l'extraction pourrait aller jusqu'à l'épuisement total, jusqu'à la destruction de la chose; ce résultat n'était pas imprévu. — D'ailleurs, comment déterminerait-on la limite de la jouissance? — malgré ces considérations, nous pensons que la cour de Grenoble a bien jugé: il s'agit, en effet, d'une affaire de pure interprétation : si dans la pensée des parties, la carrière devait être exploitée longtemps encore après l'expiration du bail, le preneur qui a extrait des matériaux au delà de l'usage suivi jusqu'alors, serait tenu de réparer ce dommage; il n'acquiert, nous le répétons, sauf toute stipulation contraire, que la jouissance ordinaire des produits de la chose; donc il ne peut extraire les produits d'une manière absolue : — c'est à ce seul point de vue qu'il faut se placer pour décider la question (1).

1730 — S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou par force majeure.

= Le preneur, obligé d'user de la chose suivant sa destination et en bon père de famille, doit rendre cette chose dans l'état où il l'a reçue; mais il n'est pas responsable des dégradations qui proviennent de vétusté ou de force majeure (*voyez* art. 1755).

Ce principe reçoit une application différente, suivant qu'il existe ou qu'il n'existe pas d'état de lieux (*voyez* art. 1731).

On nomme état de lieux, l'acte qui contient la description des parties intérieures de la maison, qui détermine, par ex., l'état actuel des portes, fenêtres, etc.

1731 — S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire.

(1) Marcadé, t. 6 p. 460, note 2. Troplong n. 239 et 315. Cass. 14 novembre 1827. Bordeaux 4 mai 1846, D. p. 47 2, 60.

= Le preneur est présumé avoir reçu les lieux en bon état de *réparations locatives;* mais cette présomption légale n'est pas du nombre de celles qui excluent la preuve contraire :

Peut-elle être détruite par la preuve testimoniale? ce genre de preuve (1), dit Delvincourt, n'est admis au-dessus de 150 fr., sans commencement de preuve par écrit (1341), que lorsqu'il a été impossible au créancier de se procurer un écrit; or, dans l'espèce, le preneur avant d'entrer en jouissance a pu faire dresser un état des lieux. — C'est là une erreur : la règle n'est établie que pour la preuve des conventions ; or il s'agit d'établir un fait — la lettre même du texte de l'art. 1731 suffirait pour faire rejeter l'opinion de Delvincourt : cet article suppose qu'il n'a pas été dressé d'état de lieux; il prévoit, par conséquent, l'hypothèse où on ne produit point d'écrit, et cependant il admet le preneur, à prouver d'une manière générale, que les lieux n'étaient pas en bon état, sans restreindre les moyens de preuves : donc la preuve testimoniale peut avoir lieu sans commencement de preuve par écrit, même au delà de 150 fr. (1348) (2).

Au surplus, qu'il ait été fait un état de lieux, ou qu'il n'en ait pas été dressé, on ne peut exiger du preneur de dommages-intérêts, à raison des dégradations qui proviennent de cas fortuit, de force majeure ou de vétusté: mais c'est au preneur, bien entendu, à justifier des faits qu'il invoque pour repousser l'action du bailleur.

En général, le bailleur n'exige qu'à la fin du bail, la mise en état des lieux ; car jusqu'alors il n'a que rarement intérêt: peu lui importe, en effet, que les réparations aient été négligées, pendant la durée du bail, si les lieux lui sont remis en bon état; — cependant, en certaines circonstances, il y a nécessité de faire des réparations immédiates : tel est le cas où des vitres cassées laissent pénétrer la pluie dans les appartements, de manière à endommager les plafonds ou les planchers ; celui où par suite du défaut de curage d'un fossé, les eaux séjournent sur les terres et nuisent à leur fertilité pour l'avenir : le bailleur est alors en droit d'exiger que les travaux soient effectués : il a un intérêt évident à ne pas attendre la fin du bail, pour contraindre le preneur à remettre les lieux en état.

Notre article suppose que les réparations à faire sont *locatives:* la présomption légale qu'il établit, ne milite donc point contre le preneur, lorsqu'il s'agit de réparations de *gros entretien* (*voyez* 1754), ces réparations sont à la charge du bailleur : c'est à lui, par conséquent, s'il prétend qu'elles proviennent du fait du preneur, à en établir la preuve (Troplong nº 340).

Les art. 1754, 1755 et 1756, placés sous la rubrique des règles

(1) Delv. p. 99 n. 6.

(2) Duvergier n. 443. Dur. n. 101 t. 17. Troplong, t. 2 n. 340. Marcadé art. 1732. Bourges 2 mars 1825. Rennes 5 mars 1821.

particulières aux baux à loyer détermine certaines réparations locatives : mais cette énumération est incomplète ; le législateur lui-même le reconnaît, puisqu'il se réfère à l'usage des lieux.

Nous terminerons en rappelant que notre article et le suivant, bien que placés sous la rubrique restrictive des baux des maisons et des biens ruraux, s'applique même au louage des choses mobilières.

— On insère souvent dans les baux, la clause que le preneur sera tenu de faire les réparations, sans autre explication : cette clause a-t-elle pour effet d'aggraver les charges du preneur, de l'astreindre à faire toutes les réparations, même celles dont le propriétaire est tenu ? — La cour de Bordeaux (6 janvier 1843 Dev., 1843, 2, 233), s'est prononcée pour l'affirmative. — La cour de Caen (7 janvier 1828). a jugé au contraire que cette clause n'ajoute rien aux obligations imposées au preneur par l'article 1755. — Devilleneuve fait remarquer, dans ses notes sur le premier arrêt, que dans l'espèce jugée, la clause du bail portait, par forme d'exemple, au nombre des réparations que le bailleur entendait mettre à la charge du preneur, *l'entretien des couvertures* et que cette énonciation a pu avoir de l'influence sur la décision. — Nous pensons également que les tribunaux doivent prononcer eu égard aux circonstances ; mais que la clause dont il s'agit, seule, isolée de tous autres faits, ne suffit point pour faire supposer que le preneur a entendu prendre à sa charge les réparations dont le propriétaire est tenu ; (Duvergier n° 449).

1732 — Il répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute, (1735, 1755).

= Obligé de conserver la chose dans l'état où il l'a reçue, et d'en jouir en bon père de famille, le preneur doit naturellement répondre des dégradations ou des pertes qui sont survenues pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute ; c'est-à-dire, par *vétusté*, par *cas fortuit* ou par *force majeure*.

Ainsi, le bailleur fonde son action sur une présomption légale de faute ; c'est au preneur à la détruire : il peut invoquer, pour atteindre ce but, tous moyens de preuves ; la loi n'en détermine aucun spécialement.

Quelle est la position du preneur, lorsqu'il a fait, pendant le cours du bail, des impenses autres que celles dites *locatives ?*

Les impenses *nécessaires* doivent lui être remboursées intégralement, bien qu'avant de faire les réparations, il n'ait pas averti le bailleur (1). Le montant de ces impenses peut être établi par témoins, lors même qu'il s'agit d'une somme excédant 150 fr. — Un commencement de preuve n'est pas essentiel, puisque le preneur, nous le supposons, n'a pu se procurer une preuve écrite (1348).

Les impenses *voluptaires*, c'est-à-dire celles occasionnées par des travaux que le preneur a faits pour son agrément, ne donnent lieu à aucune indemnité contre le propriétaire.

(1) Pothier, Louage, n. 129 et 130. Dur. n. 384, t. 4 n. 219 et suiv., t. 17. Proudhon, Usuf., n. 1456. Troplong n. 352. Douai 23 mai 1842. Dev. 1842, 2, 482. Dall. n. 557.

Nous en dirons autant des *améliorations* proprement dites; c'est-à-dire des travaux qui augmentent d'une manière imperceptible la valeur du fonds, qui s'identifient avec la chose et sont inappréciables par eux-mêmes.— On donne pour exemple, le cas où le preneur aurait creusé des fossés pour l'irrigation, extirpé des racines, mis des landes en culture, distribué les appartements d'une manière plus commode. — Vainement le preneur dirait-il, que le bailleur profitera de ces travaux, puisque l'augmentation de valeur subsistera encore après l'expiration du bail : avant de les entreprendre, il devait obtenir le consentement du bailleur : imposer à ce dernier l'obligation de payer une indemnité, ce serait souvent le mettre dans l'impossibilité de reprendre sa propriété ou le contraindre à des déboursés gênants (1).

L'orsqu'il s'agit de choses qui sont plutôt *juxtaposées* qu'incorporées au fonds, c'est-à-dire, d'améliorations susceptibles d'être enlevées, comme les arbres de pépinières, les glaces et autres objets attachés momentanément à l'immeuble, le preneur peut en opérer le retrait, à charge de rétablir les lieux dans leur état primitif.

Le bailleur prétendrait vainement s'opposer à l'enlèvement de ces objets, en offrant d'en payer la valeur ; car nul n'est tenu de vendre ce qui lui appartient : le principe de l'acquisition par accession n'est pas assez énergique pour faire fléchir une règle essentiellement fondée sur l'équité (2) :

Toutefois, le preneur ne pourrait enlever les choses qui font l'objet des améliorations ou des embellissements, si l'enlèvement devait dégrader l'immeuble, ou même, s'il ne devait en résulter aucun profit pour lui; ce qui a lieu, par ex., quand il s'agit de plafonds peints, de travaux de sculpture, du papier qui tapisse les murs etc. — Il est présumé, dit Troplong, avoir fait don à l'immeuble des améliorations et additions qu'il savait ne pouvoir en être détachées.— Nous irons plus loin, le bailleur pourrait s'opposer à ce qu'elles fussent enlevées, et même, si l'acte était consommé, réclamer des dommages-intérêts : *Malitiis non est indulgendum* (3).

Lorsque les améliorations consistent en *additions* à perpétuelle demeure, en d'autres termes, quand il s'agit de plantations ou de constructions, choses qui font corps avec l'immeuble, le propriétaire peut les garder ; mais le preneur n'a pas de raison pour user de générosité envers le bailleur. On exige rigoureusement de lui, le paiement de ses loyers, et l'indemnité des dégradations qu'il

(1) Bourges 3 juin 1840. Dall. n. 558.

(2) Duvergier (n. 461) atténue la rigueur du principe pour le cas où l'enlèvement des objets en réduirait néanmoins la valeur sans les détruire : si le propriétaire, dit-il, offre plus que le preneur n'en pourra retirer, le preneur ne peut les enlever; mais cette décision serait destructive du principe fondamental que nous venons de rappeler : elle nous jetterait d'ailleurs dans l'arbitraire.

(3) Duvergier n. 457. Troplong n. 857 et suiv.

a commises; pourquoi donc ne l'indemniserait-on pas des impenses utiles qu'il a faites. — Vainement ce dernier invoquerait-il la règle de l'art. 599 : cet article consacre un principe rigoureux ; il faut en restreindre l'application à l'usufruit, (en supposant même ce que nous n'admettons pas d'une manière absolue) que le propriétaire puisse s'en prévaloir contre l'usufruitier pour se dispenser de l'indemniser (*voyez* art. 599 quest. t. 2, p. 737).— D'ailleurs, le preneur ne se trouve pas, vis-à-vis du propriétaire, dans la même position que l'usufruitier : ce dernier a un droit réel complétement indépendant de celui du nu-propriétaire ; il peut même arriver, que la concession de ce droit ait eu lieu à titre gratuit ; tandis que le preneur possède au nom du propriétaire, et perçoit les fruits en payant une redevance annuelle : dès lors comment lui opposer comme fin de non-recevoir la maxime : *Donare videtur qui in alieno solo ædificat?* Évidemment on doit appliquer la règle de l'art. 555 (1).

1733 — Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction,

Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.

= Le preneur doit rendre la chose dans l'état où il l'a reçue ; tel est le principe sur lequel reposent les art. 1733 et 1734 : s'il a dégradé ou anéanti cette chose, il a manqué à ses obligations, et par conséquent, il doit réparer le préjudice qu'il a causé.

La loi devait-elle considérer l'incendie comme une cause suffisante d'excuse? Non, car l'expérience nous apprend que ce sinistre est ordinairement le résultat de la négligence ou d'un défaut de surveillance : *Incendium plerumque fit culpâ inhabitantium.* — Cette considération a déterminé le législateur à maintenir, même en cas d'incendie, la règle de l'art. 1732; c'est-à-dire, à laisser le preneur sous le coup d'une présomption de faute, et à lui imposer l'obligation de détruire cette présomption, s'il prétend s'affranchir de la responsabilité qui pèse sur lui.— On ne peut donc voir dans la disposition qui nous occupe une règle exceptionnelle ; mais bien un corollaire des principes généraux du droit commun : puisque le preneur s'est engagé par le contrat, au moins d'une manière tacite, à veiller à la conservation de la chose; c'est à lui à prouver que la perte ne peut lui être imputée. — « La règle, a dit M. Jaubert devant le Corps législatif, est sage et conservatoire de la propriété, à laquelle le bailleur n'a aucun moyen de veiller; elle est le gage assuré de l'exactitude du preneur, des soins qu'il doit apporter dans

(1) Proudhon, Usuf., n. 456, 2592. Toullier, n. 130, t. 3. Duvergier, t. 3, n. 461. Troplong, n. 353. Dall. n. 556 et suiv. Rolland, n. 484. Cass. 1er juillet 1851. D. P. 51, 1, 249. Pal. 1851, 2, 609.

l'usage de son droit, de la surveillance qu'il est tenu d'exercer sur sa famille et sur ses servitudes (1).

Par quels moyens le preneur peut-il établir qu'il n'est pas en faute? La loi n'en détermine et n'en pouvait indiquer aucun : puisqu'il s'agit de prouver un fait, toutes voies de droit lui sont ouvertes, sans excepter la preuve testimoniale (1348).— Le juge peut même prononcer sur de simples présomptions (1853).

Toutefois une difficulté se présente ici : l'article 1732 dispose, en termes généraux, que le preneur est tenu de prouver, pour échapper aux conséquences de la responsabilité dont il est tenu, que les dégradations survenues pendant la durée du bail ont eu lieu sans sa faute ; mais il ne circonscrit pas les moyens de preuve : le preneur peut donc repousser toute idée de culpabilité, non-seulement en prouvant le cas fortuit ; mais encore en démontrant, par le rapprochement des circonstances, sans rien préciser, qu'il n'a pu causer le dommage. Par cela même qu'elle ne détermine spécialement aucun moyen pour convaincre le juge, la loi admet tous ceux qui peuvent atteindre ce but. — L'art. 1733 paraît au premier abord plus exclusif : quand un incendie a causé le sinistre, il impose au preneur l'obligation de prouver que l'incendie est arrivé par *cas fortuit*, par *force majeure*, par *vice de construction*, ou que le feu a été *communiqué par une maison voisine :* de là, naît la question de savoir, si les moyens de justification qu'il peut employer sont limités à ces circonstances? Toullier (n° 161), se prononce pour l'affirmative : Entendu autrement dit-il, l'art. 1733 ne serait qu'une règle de droit commun ; il n'aurait pas de sens : à quoi bon ce soin de details et d'hypothèses, si la loi ne se proposait pas de consacrer des exceptions (2)? — Quoiqu'il en soit, nous pensons que l'art. 1733 n'est point limitatif : il est déjà bien assez rigoureux d'exiger du preneur la preuve qu'il n'y a pas eu faute de sa part, il ne faut pas augmenter encore les difficultés, en restreignant les moyens à l'aide desquels sa non-culpabilité peut être établie : que veut-on savoir après tout? Si c'est par la faute du locataire que l'incendie est arrivé, en prouvant par ex., qu'au moment du sinistre, il était en voyage et que son appartement était

(1) Troplong n. 363. Zach. t. 3 p. 13, notes. Merlin, Rép. Incendie. Dur. t. 17 n. 103. Proudhon, Usuf., n. 1561. Cass. 18 décembre 1827, 1er juillet 1834. Rouen, 10 février 1843. Dall. n. 361, 388, 404, 366. Suivant un autre système, la disposition de l'art. 1733 est exceptionnelle et dérogatoire au droit commun, en ce qu'elle établit *à priori* contre le preneur une présomption de faute, tandis, qu'en thèse générale, la faute ne doit pas être présumée (Duvergier n. 408 et 411, t. 3. Caen, 27 août 1819. Grenoble, 22 janvier 1824. Paris 27 janvier 1824. Nancy, 19 juillet 1825. Lyon, 17 janvier 1834. Limoges 23 novembre 1838. Dall. n. 388. Limoges 21 février 1839. Dall. n. 400. Dans l'un et l'autre système, le résultat est le même ; mais pour y arriver, on fausse, dans celui que nous rejetons, l'esprit de l'art. 1733.

(2) *Voy.* en outre, en ce sens, Duvergier n. 436 et 437. Zach. t. 3 p. 13. Marcadé art. 1734 Dur. n. 104. et un arrêt de la cour de Paris du 2 juillet 1835. Dall. n. 270.

inhabité (1), qu'il ne s'est rendu coupable ni de négligence, ni d'imprudence, le preneur satisfait pleinement au vœu de la loi, bien qu'il ne puisse faire connaître la cause de l'incendie.

Troplong (n. 385) va plus loin : suivant lui, le preneur qui invoque l'un des moyens déterminés par l'art. 1733, comme moyen de défense à l'action dirigée par le propriétaire, n'est pas même tenu de désigner et de prouver la cause positive de l'incendie; il peut se décharger de toute responsabilité, en prouvant par des indications, qu'il n'est point en faute : la question relative à cette preuve et à la pertinence des faits articulés se résout, dit-il, en une appréciation qui est dans le domaine exclusif des juges du fait : « Que la cause du sinistre soit de telle sorte ou de telle autre, il n'importe, la justice n'a que faire de le savoir, elle est satisfaite. Ne vous montrez donc pas plus exigeant qu'elle, en sommant le preneur de vous indiquer ce que dans la plupart des cas, il ne saurait connaître, quand même il serait présent partout à la fois, et le jour et la nuit, si les ruses de l'incendie échappent à toute surveillance (2). »

D'un autre côté, le preneur ne s'affranchit pas de la responsabilité qui pèse sur lui, en prouvant que le feu a été communiqué par une maison voisine, si c'est par sa faute que la communication du feu a eu lieu (3) : par ex., s'il est resté spectateur indifférent des progrès de l'incendie, ou s'il a imprudemment placé contre un mur délabré, des matières inflammables, auxquelles la cheminée du voisin, qui était en bon état, a néanmoins communiqué le feu; l'art. 1733 ne crée point en faveur du preneur d'exception à l'art. 1382. Cet article doit être combiné avec les articles 1728 et 1732; tout vient aboutir à une question de négligence ou de faute (Troplong, nº 386 et suiv.).

La nature des lieux loués, l'usage auquel ils sont destinés, ne ferait pas fléchir la rigueur de la disposition de l'art. 1733 : ainsi, la présomption de faute s'applique au locataire d'un bazar ou même d'un théâtre (4), comme au locataire d'une maison d'habitation : cette disposition est générale et absolue : c'est le fait de location et

(1) Mais, certes, la seule allégation que le preneur ne se trouvait pas sur les lieux au moment de l'incendie, ne pourrait suffire pour l'affranchir de toute responsabilité : il faut que cette absence soit exclusive de faute; par ex., qu'un intervalle prolongé se soit écoulé depuis le jour où il est entré pour la dernière fois dans le lieu où le feu a pris. On peut d'ailleurs, en certains cas, imputer au locataire d'avoir laissé les lieux sans gardien ou d'avoir manqué de vigilance. Merlin, Rép., vº Incendie, § 2. Troplong n. 382 et suiv. Proudhon, Usuf., n. 1552. Paris 10 mai 1834. Turin 8 août 1809. Dall. n. 379.

(2) Paris 29 novembre 1852. D. p. 54, 2, 166. Pal. 52, 2, 714. Cass. 14 novembre 1853. D. p. 54, 1, 56. Pal. 55, 2, 461. Metz, 28 juillet 1854. Pal. *ibid.*

(3) Merlin, Rép., vº Incendie. Troplong n. 386 et 387. Poitiers 10 juin 1819. Bruxelles 17 janvier 1828. Cass. 30 janvier 1854. D. p. 54, 1, 95.

(4) Paris 10 mai 1834. Dev. 1834, 2, 322. Toutefois il a été jugé qu'il suffit au locataire d'un théâtre incendié de prouver, pour échapper à la responsabilité qui résulte de l'art. 1733, que le sinistre ne doit être imputé ni à sa négligence, ni à son imprudence, et qu'il a satisfait, lors de l'incendie, à toutes les obligations imposées aux directeurs des théâtres. (Troplong

non le fait d'habitation qui engendre la culpabilité ; c'est la présence habituelle dans les lieux loués et non sa durée ou son mode qui rend possible et vraisemblable aux yeux de la loi la faute du locataire (1).

Remarquons surtout, que l'art. 1733 crée une présomption légale, une règle rigoureuse, qui dès-lors ne peut recevoir d'extension ; *Odia restringenda :* or, la présomption de faute n'est pas établie d'une manière absolue et à l'égard de tous ; mais seulement contre les locataires en faveur des bailleurs (2) (propriétaires ou locataires principaux) (3) : on méconnaîtrait donc la pensée du législateur (*voyez* les discours prononcés au Corps législatif et au Tribunat), en appliquant cette disposition à d'autres hypothèses; on confondrait des situations tout à fait distinctes : ainsi, le locataire dans l'appartement duquel a commencé l'incendie, n'est responsable, vis-à-vis des autres locataires, qu'autant qu'il est prouvé qu'on doit lui imputer le sinistre (1382) (4). — Même observation, lorsque le propriétaire habitant lui-même l'appartement où a commencé l'incendie, l'action en réparation est dirigée contre lui par son propre locataire (5), ou lorsqu'elle est formée par le propriétaire ou par le locataire d'une maison voisine (6) : dans ces divers cas, l'incendie est

n. 388 et 389. Paris 18 avril 1836. Pal. 1837, 1, 437. Dev. 1837, 2, 70. Cette décision est critiquée par Duvergier n. 417.

(1) Duvergier n. 417. Troplong, n. 389.

(2) Merlin, Rép., Incendie, n. 10. Proudhon, Usuf., n. 1476, 1561 et suiv. Duvergier n. 410 et suiv. Dur. n. 105. Troplong n. 365. Dall., Incendie, p. 475. Cass. 11 avril 1831. Dev. 1831, 1, 196.

(3) Toullier t. 11 n. 169. Dur. t. 17 n. 112. Duvergier t. 1 n. 434. Troplong t. 2 n. 372.

(4) Duvergier, n. 415. Troplong, n. 367 et suiv. et 431. Marcadé, art. 1734. Zach. t. 3, p. 15. Bordeaux, 25 juin 1828. Lyon, 12 août 1829. Paris 19 mars 1840. Pal. 1840, 2, 483. 1er juillet 1834. S. 34, 1, 560.
Marcadé art. 1734. Riom 10 février 1843. Dev. 1843, 2, 235. Pal. 1843, 1, 659.

(5) Merlin, Rép. v° Incendie, § 2 n. 9 et 10. Dur. t. 17 n. 105. Proudhon, Usuf., t. 3 n. 1561 1565. Duvergier, Louage, n. 411 et suiv. Troplong, Louage, n. 367 et suiv. Zach. p. 15 Marcadé, art. 1734. Riom 5 mars 1809. Poitiers 10 juin 1819. Caen 27 août 1819. Paris 27 janvier 1824. Grenoble 22 janvier 1824. Paris 16 mai 1825. Pau 6 juillet 1825. Nancy 19 juillet 1825, 12 avril 1834. Cass. 18 décembre 1827, 1er juillet 1834. Dev. 1834, 1, 559. Limoges 23 novembre 1838. Dev. 1839, 2, 405. Douai 27 décembre 1844. D. p. 45, 2, 102. Pal. 45, 2, 419. Cass. 7 mai 1855. Pal. 56. 1. 102. — *Voy.* cep. Toulouse 13 décembre 1808. Rouen 17 janvier 1811. Lyon 14 décembre 1811. Montpellier 25 mars 1824. *Voy.* aussi Toullier n. 160 et 172. Cet auteur se prononce pour la présomption de faute contre le propriétaire de la maison où le feu a commencé. « A côté du principe général consacré par les art. 1382 et 1383, qui posent le principe général de la responsabilité, se place d'elle-même, dit-il, la maxime non moins générale qui charge tout demandeur de la preuve du fondement de sa prétention. A la vérité, cette maxime n'est pas exprimée dans les articles précités; mais qu'avait elle besoin de l'être ? N'est-il pas dans la nature, comme dans l'ordre des choses et des idées, que celui qui réclame la réparation d'un dommage causé par un quasi-délit soit tenu, comme celui qui se plaindrait d'un délit, de rapporter la preuve non-seulement du fait qui le constitue naturellement, mais encore de la faute, de l'imprudence ou de la négligence de celui qui l'a commis? Il fallait que le législateur s'expliquât comme il l'a fait dans l'art. 1733, pour déroger à cette maxime, en faveur du bailleur contre le locataire ; mais son silence suffisait dans les art. 1382 et 1383 pour lui laisser toute sa latitude naturelle. » — Ce système est aujourd'hui généralement rejeté.

(6) Troplong n. 368. Duvergier n. 412. Turin 8 août 1809. Grenoble 17 janvier 1823. Douai 27 décembre 1844. D. p. 45, 2, 286. Pal. 45, 2, 419. Paris 1er juillet 1841. Dall. n. 412.

considéré comme un cas fortuit; on rentre sous l'empire des art. 1382 et 1383.

Par la même raison, le propriétaire n'aurait pas d'action directe, en vertu de l'art. 1733, contre la personne, auteur de l'incendie, qu'un locataire aurait reçu momentanément chez lui : il ne pourrait agir qu'en vertu de l'art. 1382, et par conséquent, à charge de prouver le fait (1). — Du reste cette preuve peut se faire par témoins, sans commencement de preuve, et par conséquent à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes (1348 et 1353) (2).

Les art. 1733 et 1734 sont même inapplicables, lorsqu'une personne est tenue de veiller à la conservation de la chose, en vertu de toute autre cause que d'un bail; par ex., ils ne peuvent être invoqués, ni contre l'usufruitier, ni contre l'antichrésiste.

La présomption de faute établie contre le locataire, cesse-t-elle de subsister, lorsque le propriétaire habite la maison, ou lorsqu'il a conservé un local dans cette maison, s'il est constant que le feu a commencé dans l'habitation du preneur? Duranton (nº 109 et 217), se prononce pour la négative ; voici son raisonnement : « L'art. 1743, dispose pour le cas où la maison est entièrement occupée par le locataire : si le propriétaire y demeure, on se trouve donc hors des termes de la loi; d'ailleurs, il était là pour surveiller. »

Il faut observer d'abord, que l'art. 1733, pose une règle générale, et qu'il n'excepte pas le cas où le propriétaire occupe une partie de la maison : qu'au surplus, un tel prétexte serait frivole; car d'une part, la présence du propriétaire, n'empêche pas que le locataire ne soit chargé de la garde des lieux qu'il a loués, et d'autre part, le propriétaire n'a pas de surveillance à exercer dans les appartements occupés par les locataires : ainsi, même dans cette hypothèse, les locataires sont soumis, selon nous, à la présomption de faute (3).

Quid, si le feu a pris dans une partie de la maison laissée en commun entre le propriétaire et le locataire? l'art. 1733 suppose que le feu a pris chez le locataire; par conséquent, dans l'espèce, on ne rencontre pas la condition principale sur laquelle est fondée la présomption de faute (4).

Quid, si l'on ignore quel est le point où l'incendie a commencé? Le propriétaire n'est point fondé à invoquer les art. 1733 et 1734; car il se peut que le feu ait commencé chez lui. — Pour être admis à

(1) Toullier t. 11 n. 168. Troplong n. 369. Duvergier n. 414. Marcadé art. 1733 et 1734, n. 3.

(2) Paris 1er juillet 1841. Pal. 1841, 2; 221.

(3) Duvergier n. 416. Dur. n. 109. Troplong n. 280 et 370. Zach. t. 3 § 367 n. 12. Grenoble 17 janvier 1828. Lyon 17 janvier 1834. Dev. 1834, 2, 242. Toulouse 7 juillet 1843. Dall. n. 383 Pal. 1844, 2, 166.

(4) Troplong n. 371. Riom 4 août 1829. Paris 12 mars 1841. Pal. 1841, 1, 590.

demander aux locataires la réparation du préjudice qu'il éprouve, il doit donc établir que l'incendie a pris naissance dans les lieux occupés par eux (1) ; alors seulement on suppose, jusqu'à preuve contraire, qu'il y a eu faute de leur part (2).

La présomption de faute, établie contre le preneur direct, par l'art. 1733, peut-elle être invoquée par le propriétaire contre le sous-preneur? Le sous-preneur est lié envers le propriétaire, jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location ; les biens qui l'obligent envers son bailleur direct, ne sont qu'une extension de ceux que ce dernier avait originairement contractés : pourquoi donc refuserait-on au propriétaire le bénéfice de la présomption légale établie contre le locataire par l'art. 1733 (3)? — Il a été jugé, en conséquence, que le propriétaire a une action directe, en cas d'incendie, non-seulement contre le locataire principal ; mais encore contre les sous-locataires de ce dernier, et cela, encore bien qu'au moment de l'incendie, le locataire principal ait habité lui-même une partie du bâtiment incendié (4).

L'art. 1733 est-il applicable au cas de bail à colonage (ou bail partiaire), si le preneur habite, dans la métairie, la partie du bâtiment où a commencé le feu? Il y a même raison que pour le cas de bail à ferme. — Vainement dirait-on que ce contrat n'est point un louage, mais une société. Nous démontrerons plus loin (art. 1763) qu'il participe de la nature de l'un et de l'autre contrat, et que le colon partiaire est soumis, en ce qui touche notamment la conservation de la chose, aux règles générales établies sur les baux de biens ruraux ; par conséquent, on doit appliquer la présomption de faute établie par l'art. 1733 (5).

La présomption légale qui dispense de prouver la faute du locataire, ne s'étend ni à la perte, ni à la détérioration des meubles que le propriétaire avait placés dans la maison incendiée : en effet, ce n'est plus alors comme bailleur que le propriétaire réclame l'indemnité du dommage causé à son mobilier ; son action repose uniquement sur les dispositions des art. 1382 et suiv. : or, ces articles

(1) Duvergier n. 425. Troplong n. 380. Marcadé, art. 1733. Dur. n. 109, t. 17. Toulouse 7 juillet 1843. Pal. 1844, 2, 166. Dev. 1844, 2, 175. Dall. *ibid.* Riom 4 août 1829. Paris, 17 juin 1847. Pal. 1842, 2, 471. Cass. 20 novembre 1855. Pal 1856, 1, 324. Paris, 31 juillet 1851. Pal. 1853, 1, 674.

(2) Duvergier, n. 425. Troplong, n. 180. Marcadé, art. 1733. Cass. 20 décembre 1855. D. p. 55, 1, 457. Toulouse, 7 juillet 1843. D. p. 44, 2, 104. *Voy.* cep. Zach. p. 14 n. 12. Lyon, 17 janvier 1834. Dov. 34, 2, 242. D. p. 34, 2, 150.

(3) Toullier t 11 n. 169. Dur. t. 17 n. 112. Troplong n. 372. Bruxelles 7 août 1839. Rouen 10 février 1843. Dall. n. 366.

(4) Paris 12 février 1851. D. p. 51, 2, 71, 18 juin 1851. D. p. 52, 2, 277. Pal, 51, 1, 475. *Voy.* cep. Besançon, 11 mai 1854. Pal. 54, 1, 517.

(5) Duvergier t. 1 n. 99. Troplong t. 2 n. 373. Limoges 26 avril 1848. Dev. 1849, 2, 321. Nîmes 14 août 1850. Dev. 1850, 2. 477. D. p. 51, 2, 144. *Voy.* cep. Limoges 21 février 1839. Dev. 1839, 2, 406. Pal. 1839, 2, 277, 6 juillet 1840. Dev. 1841, 2, 467. Suivant ces arrêts, l'art. 1733 n'est qu'une exception : le bail partiaire serait une véritable société et non un contrat de louage, ce qui rendrait inapplicable l'art. 1733 : Nous réfuterons ce système (*voy.* art. 1763).

n'établissent contre le défendeur aucune présomption défavorable (1). Donc le propriétaire qui veut se faire indemniser doit prouver la faute ou l'imprudence du locataire.

L'indemnité due au bailleur, consiste dans le dédommagement de tout le mal qui résulte pour lui de la privation de sa chose : *Lucrum cessans et damnum emergens;* elle doit être suffisante pour mettre le propriétaire à même de rétablir les lieux dans l'état où ils se trouvaient avant l'incendie.— Toutefois, nous ne dirons pas avec Duvergier t. 1 n° 416 et Troplong t. 2 n° 380 et 390, que le preneur doit payer dans tous les cas la somme nécessaire pour la reconstruction de l'édifice détruit ; évidemment, il ne saurait être tenu de procurer une maison neuve : le bailleur peut seulement exiger qu'on le rende indemne; ses droits ne vont pas au-delà : il s'agit par conséquent d'une question de fait (2).

— La clause portant que le propriétaire assuré cède à la compagnie d'assurances tous ses droits contre le locataire est-elle valable ? — Deux arrêts avaient refusé tout effet à cette clause, par les motifs suivants : La présomption de faute qui résulte de l'art. 1733 est exorbitante du droit commun : il faut dès lors restreindre strictement l'action dans les limites tracées par la loi : or, elle n'est accordée qu'au propriétaire.— La cession de cette action constituerait d'ailleurs une spéculation sur la réalisation d'un événement désastreux, sur la calamité d'un incendie : elle interdirait d'avance toute chance de pitié, de la part du propriétaire.— *En droit*, l'art. 1251 sur la subrogation légale, n'est applicable qu'à celui qui, étant obligé avec d'autres ou pour d'autres au payement d'une dette, avait intérêt à l'acquitter; donc, la compagnie d'assurance ne peut invoquer le bénéfice de cette disposition, puisqu'elle n'était point obligée envers le locataire. — Quant à la subrogation conventionnelle, elle n'a pas lieu : en effet, la clause contenue dans la police d'assurance ne peut créer de subrogation parfaite, puisque la subrogation prend sa source dans la simultanéité du paiement et de la subrogation : la su-

(1) Zach. t. 3 p. 15. Duvergier, t. 3 n. 420. Troplong, n. 392. Marcadé, sur les art. 1733 et 1736. Lyon 17 janvier 1834. Dev. 34, 2, 241. Cass. 11 avril 1831. Dev. 31, 1, 196. Jugé toutefois, par argument des art. 1245 et 1302, que si un bateau à laver loué à un individu qui l'exploitait, a été détruit par un incendie, le locataire ne peut être déchargé des dommages-intérêts vis-à-vis du propriétaire ou de ses ayants-cause, qu'autant qu'il prouve que l'incendie n'est pas arrivé par sa faute (Marcadé, art. 1734. Troplong, Vente, n. 402. Lyon 7 mars 1840. Dev, 1840, 2, 275. Pal. 1840, 1, 504). — Jugé en outre, que le fabricant auquel des marchandises ont été confiées pour les mettre en œuvre, est responsable de la perte de ces marchandises arrivée par l'incendie de sa propre maison et qu'il y a présomption légale que l'incendie a eu lieu par la faute ou négligence du fabricant (Cass. 14 juin 1827. Lyon, 14 mai 1849, D., p. 52, 2, 75).—Ces arrêts nous semblent contraires à l'esprit de l'art. 1733 : Cet article établit, nous le répétons, une présomption légale de faute.— En principe, il suffit au détenteur d'un corps certain, pour se soustraire à toute responsabilité, de prouver le cas fortuit, ou la force majeure qui a occasionné la perte : il se trouve alors placé sous l'égide de la maxime : *Actore non probante reus absolvitur*. Par exception, en cas d'incendie le locataire ne jouit pas du bénéfice de cette maxime : il doit prouver qu'on ne peut lui imputer l'incendie : c'est là une règle exorbitante ; donc elle ne peut recevoir d'extension (Proudhon, Usuf., t. 3 n. 1540).

(2) Duvergier t. 1 n. 419. Troplong t. 2 n. 390. Marcadé, art. 1734. Toullier t. 11 n. 177. Marcadé, art. 1734. — Nancy 9 août 1849. Paris 3 janvier 1850. Dev. 1850, 2, 129 et 132. D. p. 50, 2, 92 et 190. Metz, 25 juillet 1855. D.. p. 56, 2, 213. Pel. 1850, 8 539 589. — Les compagnies d'assurances sont seulement tenues de payer la valeur que présentait l'immeuble au moment du désastre ; mais le locataire se trouve soumis, comme on le voit, à des obligations plus étendues : on a considéré, qu'étant tenu de restituer, il était naturel que le bailleur pût exiger de lui la réparation de tout le préjudice causé par le défaut de restitution.

brogation, porte l'art. 1250, a pour résultat de substituer le nouveau créancier qui acquitte la dette, à l'ancien créancier qui se dessaisit de son droit : or aucun paiement n'a pu s'opérer en vertu de la clause dont il s'agit, avant l'événement prévu par l'assurance : donc, aucune des conditions requises pour la subrogation ne se réalise au moment où est souscrite la police (1). — Ces arrêts ont été cassés. — Il est aujourd'hui de jurisprudence, que la convention dont il s'agit doit produire ses effets : le recours de la compagnie est éventuel sans doute ; mais les choses futures peuvent être l'objet d'une convention (1130) lorsqu'elles n'ont rien d'immoral ni de contraire à l'ordre public : or, aucune disposition de la loi n'empêche l'assuré de substituer l'assureur à ses droits contre ceux qui sont responsables de l'incendie ; — il est dérisoire de prétendre que les compagnies useront d'une plus grande rigueur contre les locataires que tous autres créanciers : dès qu'il s'agit d'une indemnité, peu importe que l'action soit exercée par le bailleur ou par un tiers, mis en son lieu et place. — Au surplus, il ne s'agit pas ici d'une subrogation proprement dite, là est l'erreur ; mais de la cession d'un droit éventuel pour le cas possible de sinistre, contrat qui n'est soumis, quant à sa validité, qu'aux principes qui régissent les transports de créances ou autres droits incorporels : — l'acte par lequel l'assureur cessionnaire est mis aux droits de l'assuré cédant, diffère essentiellement de la subrogation conventionnelle, réglée par l'art. 1250, et de la subrogation légale, réglée par l'art. 1251 : cet acte n'a rien de commun, quant à la forme, avec la subrogation conventionnelle (2).

Un locataire occupe un appartement dans une maison dont le reste est inhabité ou occupé par le propriétaire ; le feu prend dans l'appartement du locataire et se communique aux autres parties de la maison qui périt entièrement : le propriétaire a-t-il le droit d'invoquer la présomption légale, qui résulte de l'art. 1733 pour la totalité de la maison ? — Pour soutenir que la responsabilité imposée au locataire, à l'égard du propriétaire, est limitée dans ses effets aux lieux incendiés et qu'il faut appliquer pour les autres portions du bâtiment, les règles du droit commun établies par l'art. 1382, on dit que les art. 1732 et 1733 consacrent des règles exceptionnelles ; que le bailleur, dans l'espèce, a une double qualité ; qu'il doit être assimilé au propriétaire voisin, pour les lieux qui ne sont pas compris dans la location, et que son action en dommages-intérêts n'est dès lors recevable, quant à cette partie du bâtiment, qu'à charge par lui de prouver la faute ou la négligence du locataire (3). — Mais on répond, que le locataire d'un appartement est constitué, par l'effet du bail, gardien de tout le bâtiment : peu lui importe, en effet, qu'il existe dans la maison d'autres locataires : cette circonstance ne peut modifier sa position. — Au surplus, nous trouvons dans l'art. 1734, un argument péremptoire : l'article suppose le cas où la maison serait occupée par plusieurs locataires, et il porte que celui chez lequel a commencé l'incendie est tenu pour le tout de la perte : or, pourquoi n'admettrait-on pas cette décision, lorsque la maison, au lieu d'être occupée par plusieurs locataires, était partiellement occupée par un seul locataire ? — Concluons de là, que le locataire ne peut se soustraire à la responsabilité qui pèse sur lui, qu'en se justifiant de l'une des manières déterminées par l'art. 1733 (4).

(1) Colmar 13 janvier 1832. Dev. 1833, 2, 105. Arrêt de la cour d'Orléans 12 février 1836.

(2) Toullier, t. 11 n. 238 ; t. 6 p. 243. Duvergier, t. 1 n. 418. Troplong, t. 2 n. 363. Pardessus, Dr. Comm., t. 2 n. 545. Marcadé art. 1735. Cass. 24 novembre 1840. Dev. 1841, 1, 45, 1er décembre 1834. Dev. 1835, 1, 148. 13 avril 1836, Dev. 1836, 1, 271. Grenoble 15 février 1834. Dev. 1835, 2, 45. Dall., n° 404.

(3) Dur. t. 17, n. 109. Marcadé. art. 1737. Rennes 17 août 1841. Paris 12 mars 1841, D., p. 41, 1, 281 ; 12 janvier 1850, D., p. 50, 2, 205. Rouen 14 mars 1855, D., p. 55, 2, 165.

(4) Dall. n. 404. Toullier, t. 11 n. 161. Zach., t. 3, p. 13, note. Paris 31 juillet 1851, Pal. 1853. 1, 674.

1734 — S'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie ;

A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu ;

Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas, ceux-là n'en sont pas tenus.

= Lorsque plusieurs locataires habitent la même maison, il est conforme à la règle de l'art. 1733, de faire planer la présomption de faute sur tous indistinctement. — Cette présomption doit peser sur celui qui occupe un appartement peu important, une seule chambre même, comme sur le locataire d'un appartement d'un prix très-élevé.

L'art. 1734 ne se borne pas à rappeler, en matière de louage, cette conséquence toute naturelle de l'obligation de restituer : il déclare les divers locataires *solidairement* (1) responsables de l'incendie.— Le but du législateur, a été d'engager les locataires à se surveiller réciproquement, et de donner ainsi des garanties au propriétaire : *Dura lex sed lex*.

Pour se soustraire à l'action dirigée contre lui, le locataire poursuivi doit, ou rejeter sur tel autre locataire en particulier la présomption de faute, en prouvant que c'est chez ce dernier que le feu a commencé ; ou prouver que le feu n'a pu commencer chez lui.

Le locataire qui a désintéressé le propriétaire, conserve son recours contre les autres : l'action récursoire se divise entre les divers locataires, non pas, eu égard à l'importance de chaque location; mais par tête, ou plutôt par chaque chef de famille (2). — Toutefois l'action se donnerait pour le tout contre le locataire dans l'habitation duquel il serait établi que l'incendie a commencé, puisque celui qui intente cette action, agit comme subrogé aux droits du propriétaire qu'il a désintéressé (1213 et 1214).

Par ces mots : *s'il y a plusieurs locataires*, la loi suppose évidemment que les locataires ont des habitations différentes et des contrats distincts : s'ils avaient loué par un seul et même contrat, leur obligation se réglerait conformément au droit commun : en conséquence, le propriétaire ne pourrait les poursuivre solidairement, à moins que la solidarité n'eût été stipulée (1202 et 1220) (Dur., n. 113).

(1) Le mot *solidairement*, employé dans cet article, signifie *pour le tout* (*in solidum*) : en effet, les divers locataires ne sont pas proprement dit *solidaires*, puisqu'ils ne sont point mandataires les uns des autres pour répondre aux poursuites du créancier (1206) : d'où nous concluons, que l'assignation donnée à l'un, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres.

(2) Dur. t. 17 n. 110. Duvergier, t. 1er n. 423. Troplong n. 379. Marcadé sur les art. 1733 et 1734.

— Lorsque le propriétaire habite la maison, peut-il, malgré cette circonstance, si l'on est dans un doute absolu sur le lieu où l'incendie a commencé, exercer une action solidaire contre les locataires; doit-il être assimilé à un locataire? Conserve-il le droit d'invoquer les dispositions des art. 1733 et 1734? La question est importante : — point de difficultés, si l'on sait dans quel lieu l'incendie a commencé. Le locataire est alors responsable, comme si le propriétaire n'eût point habité la maison. ~~ Mais *quid*, si celui-ci n'est pas connu? Suivant un arrêt de la cour de Lyon (du 17 janvier 1834, Dev. 342, 243) les seules conséquences qui résultent de ce que le propriétaire est au nombre des locataires, sont que lorsqu'il est prouvé que l'incendie a commencé chez lui, les locataires sont déchargés de toute responsabilité, et que dans le cas où il y a impossibilité de savoir où l'incendie a pris naissance, la responsabilité s'étend alors sur le propriétaire, considéré comme locataire, comme sur tout les autres locataires; c'est-à-dire, que le propriétaire supporte la quote part des dommages et ne peut demander aux autres locataires que le surplus (1). ~~ Ce système est contraire à l'esprit de la loi : L'art. 1734 suppose que la maison n'est habitée que par des locataires : il ne peut donc recevoir d'application, quand le propriétaire loge dans la maison; en effet, la présomption de faute de l'un des locataires ne peut naître, puisqu'il n'y a plus certitude que l'incendie a commencé dans la partie du bâtiment que l'un d'eux occupe; elle plane sur le propriétaire comme sur les locataires. Dès lors, on rentre dans la règle générale de l'art. 1382, c'est-à-dire, que le propriétaire n'est recevable dans son action solidaire en dommages-intérêts qu'à charge par lui de prouver que l'incendie n'a pu commencer dans les lieux habités par lui (2).

1735 — Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison, ou de ses sous-locataires.

= Cette disposition était réclamée par la sûreté publique.

L'expression générale : *personnes de sa maison*, comprend la femme, les enfants, les domestiques du preneur, les ouvriers qu'il fait travailler, ses hôtes, tous ceux, en un mot, qu'il reçoit dans sa maison; même les voyageurs, s'il s'agit d'un aubergiste, car pendant leur séjour dans une hôtellerie, les voyageurs sont de véritables sous-locataires : dès lors ils font partie des personnes dont le preneur doit répondre vis-à-vis du propriétaire (3).

Il nous paraît hors de doute, que le bailleur a le droit d'actionner *directement* les personnes, auteurs des dégradations et des pertes, qui font partie de la maison du preneur : mais alors, il agit en vertu de l'art. 1382, c'est-à-dire, à charge de prouver qu'elles sont en faute : la présomption de faute établie par les art. 1732 et 1733 est restreinte au *preneur;* toutes autres personnes sont affranchies de cette présomption (4).

(1) Zach. p. 14 n. 12. On ne peut rien conclure de cet arrêt dans l'espèce, puisqu'il était constant en fait que l'incendie avait commencé dans les lieux occupés par le locataire.

(2) Duvergier, n. 425. Troplong, n. 380. Marcadé, art. 1733. Cass. 20 novembre 1855. D. p. 55, 1, 457.

(3) L'adage : *Caupo non præstat factum viatoris Lunic. § ult. ff. furt. a dr. naut.*, est repoussé par les art. 1953 et 1735. Duvergier, n. 431. Troplong n. 397. *Voy.* cep. Dur. n. 107.

(4) Toullier, t. 11 n. 168. Duvergier n. 432. Troplong n. 398.

Causes qui mettent fin au bail.

Le bail finit de plein droit par l'expiration du terme pour lequel il a été fait. — Toutefois, si le preneur est laissé en jouissance des lieux, un nouveau contrat se forme de plein droit entre les parties, par l'effet de leur consentement tacite (*voyez* art. 1738).

Lorsque la durée du bail n'est pas déterminée par le contrat, le bailleur ou le preneur peuvent y mettre fin, en accomplissant certaines formalités, dans les délais fixés par l'usage des lieux.—Ces formes et ces délais ont pour but de constater la déclaration de l'une des parties et d'assurer que l'autre en a eu connaissance un certain temps d'avance.

Le bail cesse avant l'expiration du temps fixé pour sa durée :

1° Par la perte de la chose ;

2° Par l'événement d'une condition résolutoire déterminée par le contrat ;

3° Par la consolidation ; c'est-à-dire, lorsque les deux qualités de bailleur et de preneur se trouvent réunies sur la même tête ; ce qui peut avoir lieu, par ex., lorsque l'une des parties a recueilli la succession de l'autre, ou lorsque le preneur est devenu acquéreur du domaine dont on lui a passé le contrat ;

4° Par le consentement mutuel des parties ;

5° Enfin, indépendamment de ces causes d'extinction, la résiliation peut être demandée par chacune des parties, lorsque l'autre ne remplit pas ses engagements (*voy.* art. 1184 et 1744).

1736 — Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux (1).

(1) La rédaction des art. 1736 et 1737 est vicieuse : les rédacteurs ont évidemment confondu la fixation de la durée du bail avec la manière de le constater. — Ces articles pèchent encore sous un autre rapport : ils semblent appliquer les règles sur les congés, aux baux des biens ruraux comme aux baux des maisons ; tandis que la durée des premiers est toujours limitée, et par conséquent indépendante des congés (1774-1775) (Dur. n. 116 et suiv. Duvergier t. 3 n. 485. Zach. p. 23. Rouen 17 mai 1812. Dall. n. 527. Troplong n. 404. Delv. t. 3 p. 195, note. *Voy.* cep. Paris 28 août 1840.) —Le même vice de rédaction se retrouve dans les art. 1774, 1775 et 1776. Cette inexactitude provient d'un remaniement qui a changé après coup le classement de nos articles. L'art. 1736, avons nous dit, est inapplicable aux biens ruraux ; par contre, il est d'autres biens dont la rubrique ne parle pas et qui sont soumis à la règle de cet article : nous donnerons, pour ex., une carrière, une mine, un bateau-lavoir, un bateau de bains : cet article ne concerne donc pas uniquement le louage des maisons, comme on pourrait le croire.

Les art. 1736 et 1737 sont classés à tort sous la rubrique des Règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux : le législateur aurait dû se borner, à poser dans ces articles, comme règle générale, que les baux dont la durée a été déterminée cessent de plein droit à l'expiration du terme fixé. — Ce vice de classification n'existait pas dans le projet ce projet contenait une section spéciale ayant pour rubrique des Règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux ; une observation de M. Regnaud donna lieu au remaniement du chapitre ; la classification primitive fut changée, et l'art. 1736 se trouva compris

= Qu'entend-on ici par bail fait *sans écrit?* La loi désigne ainsi, le bail fait *sans terme fixe*, par ex., à tant par an; parce que ces sortes de locations sont ordinairement faites sans écrit : elle statue *de eo quod plerumque fit.* — Mais rien n'empêche de louer verbalement pour un temps fixe, par ex., pour cinq ans : il n'est pas douteux que le bail finirait alors de plein droit, à l'expiration du terme convenu, sans qu'il fût nécessaire de donner congé : l'acte est un moyen de preuve; mais il n'est pas une condition essentielle du contrat de louage. — En sens inverse, on peut faire un écrit, sans déterminer la durée du bail : il faudra certainement alors, pour faire cesser le bail, donner congé.

Le bail a toujours une durée limitée (1709); il s'éteint nécessairement à l'expiration de ce terme. Toutefois, l'application de cette règle si simple est soumise à certaines distinctions.

Lorsqu'il s'agit d'un fonds rural, le bail est censé limité, par une convention légalement présumée, au temps nécessaire pour que le preneur puisse recueillir tous les fruits de l'héritage (1774) : la résiliation s'opère alors, sans qu'il soit nécessaire de donner congé (1775). — La durée des baux des héritages ruraux est déterminée par la nature du fonds et par le mode de culture, lorsqu'elle ne résulte pas de la convention (1).

Quand il s'agit d'un héritage urbain, si la durée du bail n'a pas été déterminée par une clause expresse, les parties sont censées avoir voulu s'engager pour un temps indéfini, jusqu'au moment où l'une d'elles manifestera, par un congé, la volonté de résoudre le contrat.

Le congé (2) doit être donné un certain temps d'avance, suivant l'usage des lieux, afin de laisser à la partie qui le reçoit, le temps nécessaire pour se pourvoir ailleurs (3).

Le congé peut être donné par écrit ou verbalement : mais il faut décider, par argument de l'art. 1715, qu'on ne peut en établir la preuve par témoins, lors même qu'il s'agit d'un loyer moindre de

dans la section relative aux règles communes, bien qu'il soit inapplicable aux biens ruraux. — Du reste il s'applique à tous les baux autres que ceux qui ont pour objet des biens ruraux; notamment aux baux des carrières, des mines, etc.

(1) Troplong n. 405. Duvergier t. 3 n. 486 et 487. Dur. t. 17 n. 215. Rolland, v° Congé, n. 4. Toullier n. 34. Malleville sur l'art. 1795. Merlin, Rép. v° Bail § 4. Lyon 4 septembre 1806.

(2) On nomme *congé*, la déclaration de l'une des parties, qu'elle n'entend pas renouveler le bail : le congé n'est soumis à aucune forme sacramentelle. Cependant l'emploi des moyens dont on peut se servir a une grande importance (*voy.* art. 1739).

A Paris le congé doit être donné six mois d'avance pour une maison, un corps de logis entier ou une boutique; trois mois pour un appartement de 400 fr. ou au dessus, et un mois et demi s'il est au-dessous de 400 fr.

Dans tous les cas, le congé doit être donné pour un terme d'usage; 1er janvier, 1er avril, 1er juillet et 1er octobre.

(3) A l'expiration du bail, il est même d'usage d'accorder au preneur un délai de faveur, pour terminer son déménagement et faire les réparations locatives. Ce délai ne compte pas dans le calcul des époques de congé : il n'entraîne aucun supplément de loyer.

150 fr.; lors même qu'un commencement de preuve par écrit est représenté; car il y a même raison de décider que pour la preuve du bail : — en cas de dénégation, il ne reste d'autre ressource que le serment ou l'interrogatoire sur faits et articles (1).

L'efficacité du congé est indépendante de l'acceptation de la partie à laquelle il est donné; car il ne s'agit ni de conclure, ni de résoudre un contrat; mais uniquement d'une simple déclaration, de l'exercice d'une faculté que chaque partie s'est tacitement réservée.

Le congé peut résulter de toute espèce d'écrit, même d'une lettre missive.

Bien plus, le propriétaire peut mentionner le congé sur la quittance du dernier terme : il ne court aucun danger; car le locataire qui refuserait de représenter la quittance s'exposerait à payer une deuxième fois. — D'un autre côté, la déclaration faite par le propriétaire, sur cette quittance, qu'il a reçu congé du locataire, vaudrait également titre pour ce dernier. — Dans tous les cas, le propriétaire et le preneur, peuvent donner congé par huissier, lorsqu'ils ne peuvent user de ces moyens amiables : en pareille matière, il n'existe point de forme sacramentelle.

Des difficultés peuvent s'élever lorsque le congé a été donné par lettre : si ce fait est nié, il ne reste alors d'autre ressource ainsi, que nous l'avons dit, pour en établir la preuve, que le serment ou l'interrogatoire, moyens toujours très-chanceux, auxquels on ne doit dès lors recourir qu'avec une extrême circonspection (2).

En un mot, le bail fait sans écrit doit cesser lorsque l'une des parties manifeste sa volonté à cet égard, soit que l'autre résiste, soit qu'elle garde le silence.

La loi ne détermine pas les délais dans lesquels le congé doit être donné; elle se refère, par conséquent, aux usages locaux.

Lorsque le louage fait sans fixation de durée a des meubles pour objet, il n'est pas nécessaire, pour y mettre fin, qu'un congé soit donné : il suffit à celle des parties qui veut rompre ses engagements, de prévenir l'autre dans un délai raisonnable : tel est l'usage.

Quid, si le fonds loué est d'une nature telle, que les fruits qu'il produit ne se perçoivent ni annuellement, ni dans un espace

(1) Duvergier n. 489. Troplong n. 424 et 425. Dur. n. 121. Toullier n. 34. Curasson, Comp. des juges de paix, t. 1 p. 289. — Cass. 12 mars 1816. Bastia 15 novembre 1826.

(2) Duvergier n. 493. Troplong n. 425. Suivant Duranton (t. 17 n. 122), le congé donné verbalement ou par lettre ne signifie rien s'il n'a pas été accepté; on ne peut ni faire interroger la partie adverse sur le fait, ni lui déférer le serment : dès que le congé n'est point accepté, il faut une signification : c'est là une erreur grave; elle est relevée avec raison par Duvergier. — On a prétendu en outre que le congé donné par acte privé devait être rédigé en double : cette opinion est également erronée : il s'agit, nous le répétons, d'une simple déclaration et non d'une convention : les doubles originaux ne sont prescrits que pour les actes qui constatent des conventions synallagmatiques (*voy.* arrêt de Nancy du 7 août 1834 rapporté par Troplong, n. 437. Toullier, t. 6 p. 250. Marcadé, art. 1737).

déterminé, par ex., lorsqu'il s'agit d'une mine, d'une tourbière, d'une carrière? Si la durée du bail n'est pas fixée par la convention, il faut appliquer la règle de l'art. 1736 (Duvergier, n. 387).

— Si le domaine affermé appartient à plusieurs propriétaires par indivis, le congé donné par un seul est-il valable? ~ Oui, pourvu que ce dernier ait agi pour le compte et avec l'assentiment de ses copropriétaires. — Dans le cas contraire, le bail subsiste nonobstant le congé signifié; car la jouissance du preneur est indivisible. — Le bail a été formé avec le consentement de plusieurs; il faut que tous les bailleurs s'entendent pour le détruire (1).

Supposons le cas inverse; c'est-à-dire, que plusieurs personnes aient simultanément loué une même chose : quel sera l'effet du congé donné par l'une sans le concours des autres? ~ Si elles ne sont pas solidaires, le congé vaudra pour sa part; dans le cas contraire, cet acte sera comme non avenu (2).

1737 — Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait *par écrit*, sans qu'il soit nécessaire de donner congé.

= Le bail fait par écrit, c'est-à-dire, celui dont la durée a été déterminée par une convention expresse (ajoutons, ou par une convention légalement présumée 1774, 1775) cesse de plein droit, sans qu'il soit besoin de congé, par l'expiration du terme convenu.

Toutefois, comme il est d'usage d'accorder aux locataires de maisons un délai de grâce pour déménager et faire les réparations locatives, le propriétaire qui ne veut pas renouveler le bail, doit prudemment, pour empêcher la tacite réconduction, signifier à l'autre un exploit que l'on nomme *congé-avertissement* (3).

Quant au preneur, en quittant les lieux, il témoigne suffisamment l'intention de ne pas commencer un nouveau bail.

Nonobstant le congé, la tacite réconduction aurait lieu, si postérieurement à l'époque où il a été donné, les circonstances indiquaient, d'une manière certaine, de la part de chacune des parties, l'intention de rester engagées (4).

Ce congé diffère des congés ordinaires donnés en matière de baux faits sans fixation de durée, en ce qu'il n'est pas nécessaire de le donner un certain temps d'avance, suivant l'usage des lieux : il peut être notifié au moment où le bail finit, et même après l'expiration du terme : comme son seul but est d'empêcher la réconduction, il suffit que le temps écoulé ne soit pas assez long, pour qu'il y ait lieu de présumer que le bailleur a tacitement consenti un nouveau bail; les tribunaux sont appréciateurs des circonstances. — On décide

(1) Troplong, n. 427 et 428. Curasson, Compét. des juges de paix, t. 1 p. 365 et 366. Merlin, Rép. v° Congé, t. 2 p. 827. Cass. 25 pluviôse an XII. Douai 6 février 1828.

(2) Troplong, n. 429. Curasson, t. 1 p. 365 et 290, n. 30. Cass. 19 avril 1831. Douai 25 janvier 1844. Dall. Contr. de mar. n. 2007.

(3) *Voy.* les notes sur l'article précédent.

(4) Duvergier, n. 23 et 504. *Voy.* cep. Dur, n. 120 et 123.

que le congé serait valablement signifié, le lendemain de l'expiration du bail, et même quelques jours après (1).

Ne confondons pas le terme final du bail, avec les différentes époques auxquelles chaque partie peut en demander la résiliation ; par ex., il est d'usage de faire des baux de 3, 6, 9, à la volonté soit du preneur, soit du bailleur : e congé peut être valablement donné à l'expiration de chaque période ; mais le bail ne sera de plein droit résolu qu'à l'expiration de la 9e année (2).

Tacite réconduction.

Déjà nous avons vu, que le consentement tacite suffit pour la validité du contrat de louage : ce consentement est présumé, lorsque le preneur reste en jouissance, sans opposition du bailleur, après l'époque fixée pour la durée du bail : C'est là ce qu'on nomme *tacite réconduction*, ou nouveau bail tacitement consenti.

La tacite réconduction, disons-nous, n'est pas la continuation de l'ancien bail ; mais un nouveau bail qui commence : de là des conséquences graves que nous déterminerons sous l'art. 1738.

Ce bail est réglé pour sa durée, par les articles relatifs aux locations faites sans terme fixe : il faut donc se référer sur ce point à l'art. 1736 pour les baux à loyer, et à l'art. 1774 pour les baux à ferme. — On décide par suite, que la nécessité de donner congé, s'étend au bail résultant de la tacite réconduction, bien entendu, quand il s'agit de maisons (*voy.* nos observations sur l'art. 1736 (3).

Comme il est d'usage d'accorder au preneur un délai de grâce pour déménager et faire les réparations locatives, le juge doit examiner en fait, lorsque des difficultés s'élèvent, si la jouissance du preneur a duré assez longtemps pour faire admettre que cette convention s'est formée (4).

Notons surtout, que la tacite réconduction n'a lieu qu'à l'égard des baux dont la durée est *déterminée :* — le bail fait sans terme fixe, est toujours censé continuer, nonobstant les époques déterminées par l'usage des lieux, pour le paiement des loyers.

Cette observation a son importance ; car le bailleur peut avoir stipulé des sûretés, bien que la durée du bail ne soit pas limitée ; or, il conserve ces sûretés pendant tout le temps que le preneur reste en jouissance, avantage qui lui est refusé, en cas de tacite réconduction : les garanties qu'il a stipulées pour le bail originaire, s'éteignent avec ce bail (5).

(1) Pothier, Louage, n. 249. Duvergier, n. 503. Troplong, n. 454 et suiv.
(2) Delv. t. 3, notes, p. 173. Troplong, n. 432. Bruxelles 31 mars 1814.
(3) Bruxelles 20 novembre 1810.
(4) Pothier, n, 349. Zach. p. 24. Dur. t. 17 n. 119. Duvergier, t. 3 n. 499 et 505. Liége 2 septembre 1842. Dall. n. 571, 3 juillet 1843. Dall. n. 578. Lyon 22 juillet 1823. Dall. *ibid.*
(5) Dur. t. 17 n. 128. Delv. t, 3 p. 196, note. Duvergier, n. 511.

Lorsqu'un bail est fait pour 3, 6 ou 9 années, doit-on voir dans chaque période qui commence une tacite réconduction? Non évidemment : le bail est réellement de 9 années, avec faculté de résiliation à la fin, soit de la troisième, soit de la sixième année. — La partie qui veut user de cette faculté doit donner congé aux époques stipulées; à défaut de stipulation, l'usage des lieux est la règle (1).

1738 — Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession (2), il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit.

= Du principe que la tacite réconduction crée un nouveau contrat, résultent les conséquences suivantes :

1° Si l'une des parties était devenue, à l'époque de l'expiration du bail fait par écrit, incapable de donner un consentement valable; par ex., si le bailleur ou le preneur avait été frappé d'interdiction pour cause de démence, ou si l'un d'eux était mort laissant des enfants mineurs, il n'y aurait point de tacite réconduction.

La même décision doit être admise, lorsque les baux sont soumis à certaines restrictions, dans un but d'intérêt général; ce qui a lieu notamment, pour les baux des biens nationaux et pour ceux des établissements publics.

Il va de soi, que l'incapacité du bailleur ou du preneur, survenue pendant la durée du bail par tacite réconduction, n'exerce aucune influence sur ce bail : par conséquent, s'il s'agit de maisons, le locataire ne peut quitter les lieux ou être expulsé, qu'après un congé donné dans le délai fixé par l'usage des lieux (1738 et 1752); s'il s'agit d'héritages ruraux, le bail dure pendant tout le temps nécessaire pour que le fermier puisse recueillir les fruits de l'héritage affermé (1774, 1776) : mais ces baux ne pourront se renouveler par tacite réconduction, puisque l'une des parties contractantes, nous le supposons, est devenue incapable.

2° La présomption légale de tacite réconduction peut être écartée, s'il y a commencement de preuve par écrit, par des présomptions contraires, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (3) : le juge est appréciateur des circonstances.

3° La forme exécutoire dont le premier bail était revêtu, ne peut servir au bailleur, pour contraindre le preneur à remplir les obligations que lui impose la tacite réconduction (Pothier n° 367).

(1) Duvergier, n. 510. Dur. n. 117.

(2) M. Jollivet avait proposé d'ajouter ces mots : « *est laissé en possession pendant le temps nécessaire pour faire présumer qu'il y a tacite réconduction, il s'opère un nouveau bail.* » Cette rédaction a été adoptée, et cependant elle ne se retrouve pas dans l'article : le rédacteur a sans doute pensé que l'art. 1718 était suffisamment explicite (Fenet, t. 14 p. 245).

(3) Cass. 2 août 1827.

4° S'il a été stipulé dans le bail, en vue d'éviter les surprises, qu'il n'y aura pas lieu d'invoquer la tacite réconduction, cette clause produit le même effet que le congé-avertissement. — Exceptons néanmoins le cas où la jouissance du preneur se serait prolongée assez de temps, après l'expiration du bail originaire, pour faire présumer que les parties ont renoncé au bénéfice de cette clause, et qu'elles ont entendu s'engager de nouveau : c'est là un point de fait abandonné à l'appréciation des magistrats (Pothier n° 355).

En général, le bail opéré par tacite réconduction est censé consenti aux mêmes conditions que le bail originaire; nous déciderons en conséquence :

1° Que le prix, sauf la preuve contraire, reste le même. — On prétendrait donc à tort, qu'il doit être fixé d'après l'art. 1716 : ce dernier article s'applique uniquement aux baux purement verbaux (1).

2° Que s'il a été stipulé un pot-de-vin pour le bail expiré, la convention d'un semblable pot-de-vin (proportionnel, bien entendu), est censé convenu pour la durée du nouveau bail (2).

4° Que si le preneur, fonctionnaire public, a stipulé la résolution, dans le premier bail, pour le cas où il serait envoyé dans un autre lieu, le deuxième bail est censé conclu, sous les mêmes conditions (3).

Remarquons toutefois, que les garanties ou les clauses particulières qui, de leur nature, peuvent être tacitement convenues, sont les seules comprises dans le nouveau bail, d'où il résulte :

1° Que si le preneur a stipulé une hypothèque, pour sûreté des loyers du premier bail, il ne jouit pas de cette garantie pour ceux du deuxième; car l'hypothèque ne peut être consentie que par acte notarié (4).

2° Que la caution donnée pour le premier bail, ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation : le cautionnement, en effet, ne se présume pas (1740).

3° Que si le preneur s'est soumis à la contrainte par corps dans le premier bail, on ne peut user contre lui de cette voie, pour l'exécution du deuxième bail : elle est trop sévère, en effet, pour qu'on puisse la faire dépendre d'une simple présomption. (Duvergier, n° 513).

La tacite réconduction n'a lieu, ni dans les baux emphythéotiques, ni dans ceux qui sont soumis à des formalités particulières.

Nous reviendrons sur la tacite réconduction en parlant spécialement des baux de maisons (1759) et des baux d'héritages ruraux (1774 à 1776).

Une métairie, dont les terres sont partagées en deux saisons, a

(1) Caen 23 mai 1842. Dall. n. 584.
(2) Pothier, n. 365. Rolland, v° Pot-de-vin, n. 2. Dur. n. 170. Duvergier, t 3 n. 512.
(3) Dur. t. 17 n. 124. Duvergier, t. 3 n. 507 et 508. Rouen 11 janv. 1849. D., p. 50, 114.
(4) Rouen 11 janvier 1849. Dev. 1850, 2, 30.

été donnée à ferme pour une année seulement: après l'expiration du bail, le fermier ensemence les terres de l'autre saison; la tacite réconduction s'opère-t-elle? — Non évidemment, puisque ce n'est point la même chose qui devient l'objet du nouveau bail tacitement convenu. — Ce bail tacite est censé fait pour le temps de la récolte. — Le prix sera réglé par experts.

Dans les baux dont la durée n'est pas déterminée, s'opère-t-il une réconduction à l'expiration de chaque terme? L'hypothèque et la caution données pour l'exécution du bail s'étendent-elles aux obligations que la tacite réconduction produit? C'est toujours le même bail qui continue : Les termes fixés par les usages, ne sont pas des limites indiquées à la durée des baux; mais des époques déterminées pour le payement des loyers (Dur., no 117; Duvergier, no 510).

Les meubles comme les immeubles peuvent être loués avec fixation de durée, par ex., pour une semaine, pour un mois, pour un an; la location cesse alors, à la fin de la semaine, du mois ou de l'année.

Quelquefois, la durée du louage résulte des circonstances : par ex., celui qui loue un cheval ou une voiture pour entreprendre un voyage, est censé vouloir limiter le contrat au temps nécessaire pour effectuer ce voyage.

Quid, si le voyage a manqué? Le bail est résolu : toutefois, si le prix avait été fixé à tant par heure, par semaine ou par mois, le preneur devrait indemniser le bailleur de la perte que lui causerait l'inexécution du contrat (1).

La tacite réconduction peut-elle s'opérer dans le louage des meubles? — *Oui*, lorsque ce sont des meubles que le locataire est dans l'usage de louer : « Par ex., dit Pothier (no 371.), si un tapissier m'a loué des meubles pour un certain temps pour meubler ma chambre, ou si un loueur de chevaux m'a loué un cheval pour un certain temps, il y a lieu à la tacite réconduction » : — mais, à la différence de ce qui est établi pour les immeubles, la tacite réconduction, n'aura lieu que pour le temps pendant lequel le locataire les gardera du consentement du locateur; en d'autres termes, la location des meubles cessera quand les parties le voudront, en se prévenant à l'avance dans un délai raisonnable, (1736.) — Le preneur ne devra le prix, qu'en raison du temps de sa jouissance (2).

Quelle est la raison de cette différence? Les baux à ferme ou à loyer commencent à des époques déterminées par l'usage. Le louage des meubles commence en tout temps.

Exceptons toutefois le cas où les circonstances démontreraient que

(1) Pothier, n. 371. Duvergier, t. 2 n. 230 et 231.

(2) Merlin, Rép., vo Tacite réconduction n. 8. Duvergier, t. 2 n. 234 et 235. Troplong, n. 461.

les parties ont entendu faire coïncider la durée du louage des meubles avec les époques de location des appartements: il faudrait alors se conformer à la convention (*voyez* art. 1757). (1).

1739.—Lorsqu'il y a un congé signifié, le preneur, quoiqu'il ait continué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite réconduction.

= La tacite réconduction est fondée sur la présomption d'un mutuel consentement; elle ne peut donc s'opérer, lorsque l'une des parties a donné congé à l'autre. — Ce congé, appelé dans la pratique *avertissement* ou *congé-avertissement*, diffère des congés ordinaires, en matière de baux de maisons faits sans fixation de durée, en ce qu'il n'a pas besoin d'être signifié un certain temps d'avance : il produit son effet, même lorsqu'il a été donné depuis l'expiration du terme déterminé pour la durée du bail, pourvu qu'il ne se soit pas écoulé assez de temps pour opérer la tacite réconduction (Pothier, nº 349 (2). — La loi exige un congé *signifié;* ce qui suppose un acte d'huissier. Néanmoins, il n'existe pas de forme sacramentelle : nul doute que la preuve d'un congé verbal établi, par l'aveu, par le serment, ou par un interrogatoire sur faits et articles aurait la même puissance.

Notre article suppose que la signification du congé émane du bailleur; mais il est évident que le preneur se met également à l'abri de la tacite réconduction, non-seulement lorsqu'il quitte les lieux dans le délai prescrit, soit par la convention, soit par l'usage; mais encore quand il donne congé au bailleur (*voyez* art. 1736).

1740.—Dans le cas des deux articles précédents, la caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation.

= La tacite réconduction est une convention nouvelle, qui se forme entre le preneur et le bailleur : la caution donnée pour le premier bail n'est donc pas obligée pour le deuxième, lorsqu'elle n'y est pas intervenue. Il résulte, en effet, de l'art. 2015, qu'on ne peut étendre le cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

Fin du bail, par toute autre cause que l'expiration du terme.

1741.—Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée, et par le défaut respectif du bailleur et du preneur, de remplir leurs engagements.

(1) Pothier, n. 371. Troplong, n. 461. Merlin, vº Tacite réconduction n. 8.
(2) Dur. t. 17 n. 119. Duvergier, n. 503. Troplong, n. 454 et 455..

= La perte totale de la chose louée, causée par une cause quelconque, résout de plein droit le contrat de louage, encore bien que l'événement soit imputable au preneur (1). — La perte partielle autorise le preneur à demander, suivant les circonstances, soit une diminution de prix, soit la résiliation du contrat (1722, 1724).

Voyez sur le cas où la perte est arrivée par la faute du preneur, les art. 1732, 1733 et 1752.

L'éviction totale ou partielle de la jouissance, a sur le sort du bail, la même influence que la perte matérielle de la chose.

La loi place le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements sur la même ligne que la perte arrivée par cas fortuit : cependant, il y a d'importantes différences entre les effets de l'une et l'autre cause :

Au premier cas, la résiliation ne peut être demandée que par celle des parties envers laquelle l'autre n'a pas rempli ses engagements. Le juge est appréciateur des circonstances, il peut accorder des délais (1184); rejeter purement et simplement la demande, ou prononcer la résiliation.

Au deuxième cas, la résiliation peut être provoquée par le bailleur et par le preneur.

— Si le locataire ne remplit pas ses engagements, ou si la résiliation a été valablement consentie entre le propriétaire et le locataire principal, le propriétaire peut-il expulser le sous-preneur, lorsque ce dernier est en règle à l'égard de son bailleur? — La seule résolution du titre en vertu duquel le bailleur possédait, n'entraîne pas, disent la plupart des auteurs, la résiliation du bail qu'il a consenti, lorsque ce titre l'autorisait à passer bail; l'art. 1673 en est la preuve. — Les baux faits par un grevé de substitution ou par un donataire dont le droit a été révoqué, doivent être entretenus par l'appelé à la substitution et par le donateur. — Le maintien des baux a même lieu, quelle que soit la cause de la résolution : par ex., il est de jurisprudence que les baux consentis par l'usufruitier, par l'acheteur à réméré, ou par le vendeur qui ne paie pas son prix, survivent à l'usufruit et à la résiliation de la vente; que l'effet des baux passés, soit par le fol-enchérisseur, soit par le donataire, n'est pas subordonné au maintien du titre de celui qui les a consentis : cela étant, pourquoi la résiliation du bail principal entraînerait-elle invinciblement celle des sous-baux?—Si l'on considère les rapports que la sous-location établit entre le preneur et le propriétaire bailleur, les droits du preneur deviennent plus évidents encore : en effet, la loi prend soin de fixer l'étendue des droits du bailleur; elle décide que le sous-locataire n'est obligé tacitement envers le propriétaire-bailleur originaire, que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie (1753 C. c. et 820 Pr.). — Quand il y a engagement direct et personnel, la résolution ne peut procéder que d'une infraction à cet engagement : si le sous-preneur a satisfait aux siens, comment pourrait-il être déchu, à raison du manquement commis par un autre? Comment le rendre victime d'un fait qui n'est pas le sien?—Celui qui est propriétaire sous une condition résolutoire, administre, tant que la propriété réside sur sa tête : or, les baux ne sont que l'exercice du droit d'administration; le sous-pre-

(1) Bordeaux, 4 janvier 1854. D. p. 55, 2, 60. Metz, 25 juillet 1855. D. p. 56, 2 212.

neur n'a pu prévoir, que son bailleur ne remplirait pas ses engagements. — Sous-louer, ce n'est pas céder le bail : le sous-bail crée entre le preneur et le sous-preneur des obligations spéciales. — En réalité, dit Duvergier (n° 539), il est évident que le propriétaire, par cela même qu'il permet de sous-louer ou qu'il ne le défend pas, accepte d'avance les conséquences de la sous-location, en même temps qu'il se crée dans le sous-locataire un obligé personnel; c'est sur sa foi que contracte le sous-locataire ; et dès-lors, il y a de sa part, vis-à-vis du principal locataire, un mandat tacite qui l'oblige, en raison des actes faits par suite de ce mandat, et entre lui et le sous-locataire, une convention tacite, qui ne permet pas qu'une résiliation vienne frapper le sous-locataire, autrement que pour un fait qui lui soit personnel (1). — Quoi qu'il en soit, la règle : *Nemo plus juris*, etc., doit recevoir ici son application. — Remarquons, en effet, que les droits du sous-preneur sont précisément ceux du preneur ; que la sous-location est une émanation de la location primitive. — Les exemples cités pour établir que les baux survivent au droit de celui qui les a consentis portent à faux : on suppose, dans ces exemples, que les baux ont été consentis par un *propriétaire apparent*, lequel est censé être, à l'égard des tiers, mandataire du propriétaire véritable : mais dans l'espèce, ils ont été consentis par un locataire principal : le sous-locataire a su qu'il contractait avec un individu dont le droit était résoluble ; il ne doit pas se plaindre, quand arrive l'événement prévu. — La convention qui se forme entre le propriétaire et le sous-preneur n'équivaut pas à un bail ; l'occupation des lieux est la source de l'indemnité qu'il réclame ; or, cette occupation ne suffit pas pour constituer un bail complet : il y a lieu de croire, qu'en la tolérant, le propriétaire a seulement voulu s'assurer une garantie de plus. — On argumente vainement de l'article 1753 : cet article ne suppose pas le sous-preneur maintenu, en possession après l'expulsion de son bailleur; il n'est pas fait pour le cas où le locataire principal a été éliminé. — Au résumé, le droit du sous-locataire, a pour base celui du locataire ; donc il doit s'éteindre dès que ce dernier droit s'évanouit (2).

Il a été jugé, en conséquence, qu'un sous-preneur ne peut former tierce-opposition au jugement rendu contradictoirement avec le preneur principal, qui a résilié le bail de celui-ci (3).

Nous appliquerons les mêmes règles au cas où la résiliation aurait été volontairement consentie entre le propriétaire et le locataire principal. — Toutefois, les sous-locations devraient être maintenues, si le propriétaire, bailleur originaire, en avait eu connaissance : en ce cas, il devrait combiner sa propre jouissance avec celle des sous-locataires, de manière que celle-ci s'exercât sans trouble (4).

1742. — Le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur, ni par celle du preneur.

= On est toujours censé stipuler pour soi, ses héritiers, ou ayants cause.

Effets de la vente en ce qui touche le bail existant.

1743. — Si le bailleur vend la chose louée (5), l'acquéreur

(1) Toullier, n. 576.

(2) Dur. t. 17 n. 159. Curasson, Comp. t. 1er p. 382. Troplong, n. 544 et suiv. Paris 24 brumaire an XIII, 15 juin 1835. *Voy.* arrêt de la même cour rapporté sous Cass. 7 février 1838. Pal. 1838, 1, 312.

(3) Nîmes 13 novembre 1810. Bordeaux 3 décembre 1841. Pal. 1842, 1, 321. Paris, 11 novembre 1812.

(4) Douai 12 juin 1844. Pal. 1844, 2, 327.

(5) Malgré sa restriction apparente au cas de vente, il n'est pas douteux que cet article

ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail (1).

= Les acquéreurs à titre singulier, ne sont point soumis personnellement aux obligations de leur auteur : par suite, on décidait autrefois, qu'en cas de vente, l'acquéreur n'était pas tenu de respecter le bail consenti par le vendeur, à moins que le contraire n'eut été formellement stipulé dans le contrat (2) : le preneur, disait-on, n'a pas de droit réel, mais seulement une action personnelle contre le bailleur et ses héritiers pour qu'ils le fassent jouir; le bail n'engendre que des rapports particuliers entre le preneur et le bailleur ; il ne produit que des obligations de personne à personne.

Ce qui était dit de l'acheteur, s'appliquait en général à tout successeur à titre particulier, notamment au donataire, au légataire, à l'usufruitier, etc. : tous pouvaient expulser le preneur, sauf le recours de ce dernier, soit contre le bailleur, soit contre ses héritiers (3).

Enfin, le bailleur lui-même avait la faculté de rompre le bail, en déclarant qu'il voulait occuper sa maison en personne (loi *Æde* 3, au Code, *Loc.*).

Par des raisons fondées sur l'intérêt public, les auteurs du Code ont du s'écarter de ces règles ; déjà elles avaient été modifiées par la loi du 28 septembre 1791 en faveur des biens ruraux : aujourd'hui l'exception est étendue aux baux des héritages urbains : l'art. 1743 porte que l'acquéreur ne pourra déposséder le fermier ou le *locataire*, avant l'expiration du bail, à moins que l'acquéreur ne s'y soit soumis : on évite ainsi des difficultés et des procès.

Ce nouveau système est d'ailleurs parfaitement logique : 'il ne doit pas être permis au vendeur de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement ; or, il ne peut résoudre le bail par sa seule volonté : comment lui reconnaître la faculté d'arriver à ce résultat au moyen d'une aliénation. Sans doute, le preneur aurait la res-

s'applique à tous les cas où la chose est transmise à titre singulier par legs, donation, ou échange. L'art. 1743 statue *de eo quod plerumque fit* (Troplong n. 499. Marcadé art. 1743).

(1) Troplong, n. 473. 489 et suiv., il faut se le rappeler, se fonde principalement sur cet article, pour établir que le locataire d'immeubles a un droit réel.—Cette opinion, nous le répétons, est rejetée par la doctrine et par la jurisprudence : on décide généralement que le preneur n'acquiert par le bail qu'un droit personnel. *Voy.* p. 6. *Voy.* également l'art. 526, Quest. Delv. t. 3 p. 185, 188 et 198, notes. Marcadé, art. 1743. Toullier, t. 3 n. 388. Proudhon, Usuf., t. 1er n. 102. Dur. t. 4 n. 73, t. 17 n. 138. Duvergier, t. 1er n. 279. Championnière et Rigaud, t. 4 n. 3032. Toullier, t. 6 p. 210-214. Cass. 14 novembre 1832. Dev. 1833, 1, 32, 22 février 1831. Dev. 31, 1, 113. Caen 24 janvier 1848. Dev. 49, 2, 533. Pal. 1850, 1, 166. *Voy.* en outre la savante dissertation de Dev. rapportée sous l'arrêt de Dijon du 21 avril 1827. Bourges 27 février 1852. D. p. 53, 2, 31.

(2) Loi 9 au Code *de loc. cond.* Cette loi est connue sous le nom de loi *Emptorem* (Pothier, Louage, p. 228).

(3) L. 32. ff. Loc. Cond. 120 § 2 ff, de Leg. 1, 59, § 1. ff. de Usuf. Pothier n. 288 et suiv.

source des dommages-intérêts ; mais cette ressource, qui serait illusoire, si le bailleur était devenu insolvable, ne saurait lui procurer un dédommagement suffisant. — Ainsi, l'acheteur succède aux engagements du bailleur, son vendeur, en ce sens du moins qu'il ne peut expulser le preneur.

Toutefois pour que le preneur puisse invoquer ce bénéfice, il faut :

1° Que son bail ait acquis date certaine (7128), antérieure à la vente : si le bail n'a pas date certaine, le preneur n'a qu'une action en dommages-intérêts contre le bailleur (1).

2° Que le bailleur ne se soit pas réservé la faculté de l'expulser (2). Lorsque cette clause existe, le preneur n'a d'autres droits contre le bailleur, en cas de résiliation, que ceux qui résultent des art. 1744 et suiv.

Pour que l'acquéreur puisse expulser le preneur, suffit-il que cette faculté ait été stipulée dans le bail. Est-il nécessaire que l'acte de vente en fasse mention ?—Il est de principe, qu'à défaut de clause restrictive, le vendeur transmet à l'acquéreur tous les droits qu'il avait sur la chose vendue. L'art. 1743 présente d'ailleurs un argument péremptoire : après avoir imposé à l'acheteur l'obligation de respecter le bail, il ajoute, à moins que le bailleur ne se soit réservé ce droit (celui d'expulser le preneur) par le contrat de bail ; donc la mention de cette réserve dans l'acte de vente serait superflue. — L'art. 1748 est conçu dans le même esprit (3).

Il est bien entendu, que nonobstant la clause qui réserve au bailleur le droit d'expulser le preneur, en cas de vente, on peut valablement stipuler dans l'acte de vente que le bail sera maintenu : Cette stipulation produira son effet, puisque l'art. 1121 permet de stipuler pour un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (4).

L'action en dommages-intérêts accordée au preneur, pour inexécution du bail, ne peut dans aucun cas s'exercer contre l'acquéreur : il a seulement le droit de se faire maintenir en jouissance, tant que le bailleur n'a pas satisfait, sous ce rapport, à ses obligations (1749).

Bien que le bail n'ait pas acquis date certaine, l'expulsion du preneur ne peut être immédiate : — si le preneur est en jouissance, l'acquéreur doit lui donner congé, suivant les règles établies pour les baux faits sans écrit ; car la présence du locataire rend incontestable le fait de location (1736 et 1774) (5).

(1) Duvergier, n. 551. Delv. p. 199. Troplong, n. 483 et 517.

(2) Duvergier, n. 280 et suiv. Dur. n. 139. Delv. p. 101, n. 5. *Voy.* cep. Troplong, Vente, n. 321.

(3) Duvergier, n. 543. Zach. t. 3 p. 26. Marcadé, art. 1749. *Voy.* cep. Delv. p. 101 n. 6. Troplong, n. 511. Dur. n. 168.

(4) Dur. t. 17 n. 146. Duvergier, n. 545. Troplong, n. 503 et 504. Paris, 30 janvier 1810. Douai, 11 août 1837.

(5) Pothier, n. 297. Dur. t. 17 n. 144. Duvergier, n. 546. Cass. 13 vendémiaire an x. Douai, 11 août 1837.

Quid, si le successeur particulier laisse jouir le preneur et perçoit les loyers sans se réserver dans les quittances le droit d'expulsion? Ce silence n'équivaut pas à une adhésion : le successeur particulier ne sera toujours tenu du bail que pour le temps de la tacite réconduction. — Au surplus, les circonstances auront toujours une grande influence sur la décision du juge; il s'agit d'une appréciation de faits (1).

La faculté que le Code accorde au preneur, d'opposer son titre aux tiers, avait de graves inconvénients : l'acquéreur se trouvait obligé de subir un bail souvent onéreux, dont il ignorait l'existence; les quittances de termes payés par anticipation pouvaient lui être opposées, si elles avaient date certaine; bien plus, les cessions de termes à échoir, faites par le propriétaire, produisaient leur effet, si le transport avait été valablement signifié au preneur : la loi du 23 mars 1855 remédie à cet état de choses.

L'art. 2, 4° et 5°, soumet à la transcription « les baux d'une durée de plus de 18 ans, et tout acte ou jugement constatant même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyer ou fermage *non echus*. »

Aux termes de l'art. 3, « jusqu'à la transcription, les droits résultant du bail ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. — Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés pour une durée de plus de 18 ans. »

Que doit-on décider lorsque le propriétaire a disposé entre-vifs du fonds donné à bail? Le donataire peut-il expulser le preneur dont le bail n'a pas date certaine? La reconnaissance, dit Pothier (n° 291), oblige le donataire à entretenir le bail, pour ne pas exposer le donateur au recours du preneur (2). — On répond avec raison, que la stabilité des donations entre-vifs, est d'ordre public; qu'il y a droit acquis pour le donataire, et qu'en donnant effet contre lui au bail qui n'a pas date certaine, on l'exposerait à des fraudes; car le donateur aurait la faculté de modifier ainsi la donation par voie détournée (3).

La question ne peut s'élever à l'égard du légataire; car la mort du testateur donnant date certaine au bail, le preneur aura toujours un titre antérieur à l'époque où les droits héréditaires auront pris naissance.

L'art. 1743 est applicable même en cas de vente d'un droit d'usufruit ou de concession d'un emphytéose; puisque l'un et l'autre

(1) Pothier, n. 300. Dur. t. 17 n. 145. Troplong n. 506. *Voy.* cep. Duvergier, t. 1er, n. 550. Suivant cet auteur, l'acheteur qui laisse jouir le preneur et qui perçoit les fermages ou loyers, approuve tacitement le bail : mais on peut répondre que la renonciation à un droit doit être formelle et qu'on ne peut considérer le silence de l'acquéreur que comme approbation d'un bail sans terme, c'est-à-dire sans terme fixe. Au surplus, il s'agit d'une interprétation de volonté.

(2) *Voy.* dans le même sens Delv. t. 3, p. 101 n. 5.

(3) Duvergier, n. 556. Dur. t. 17 n. 146. Troplong, n. 499.

droits sont réels, l'usufruitier et l'emphytéote se trouvent, dans les limites de leurs droits, sur la même ligne que l'acquéreur de la pleine propriété.

Il nous reste à faire observer, que l'art. 1743 ne peut recevoir d'application au louage des choses mobilières, à moins que ces choses ne soient unies accessoirement à un immeuble; auquel cas, elles suivent le sort de l'immeuble (1).

—L'acquéreur n'étant point tenu de maintenir en possession le preneur, porteur d'un bail qui n'a pas date certaine, on demande si ce dernier, de son côté, peut refuser d'exécuter le bail, sous prétexte que l'acheteur peut le rompre? ~~ Pothier (n° 298) et Dur. (t. 17 n° 147) se prononcent pour l'affirmative, en se fondant sur le principe de réciprocité : les parties, disent-ils, doivent avoir des droits corrélatifs; l'un ne peut être lié plus étroitement que l'autre. Il faut seulement excepter le cas où le vendeur aurait cédé à l'acquéreur ses droits contre le preneur. ~~ On répond avec raison que la réciprocité n'est pas de l'essence des contrats : les parties pourraient valablement convenir que l'une d'elles seulement aura le droit de résilier le bail; la loi ne doit pas être moins puissante que la volonté des parties. — Les art. 1429, 1439 et 1718 nous offrent des exemples d'une pareille situation. — D'ailleurs, l'art. 1743 statue dans l'intérêt unique de l'acquéreur; pour le mettre à l'abri des fraudes: le bénéfice de cet article ne saurait donc être invoqué par le preneur (Duvergier n° 551, Troplong n° 517, Rolland v° Bail n° 447, Delv. t. 3, p. 101 n° 5).

Ces mots de notre article : l'acquéreur ne peut *expulser* le fermier ou le locataire, font naître la question de savoir si le preneur n'a qu'un simple droit de rétention, lors même qu'il est porteur soit d'un acte authentique, soit d'un acte sous seing privé ayant date certaine; de telle sorte que l'acquéreur ne soit point obligé d'exécuter le bail, si la vente a précédé l'entrée en jouissance ? ~~ « L'art. 1743, dit Duranton (n° 139), défend à l'acquéreur d'*expulser* le fermier ou le locataire qui a lors de la vente un bail authentique ou avec date certaine; or, on n'expulse pas ceux qui ne sont pas encore entrés ; cet article n'est donc point applicable au preneur qui n'est point encore entré en jouissance, quand l'acquéreur lui-même, au contraire, y a été mis; car, autrement, ce serait celui-ci qui serait expulsé par celui-là ; c'est-à-dire, un renversement de toutes les idées reçues; le simple droit personnel l'emporterait sur le droit réel.... On conçoit très-bien que les rédacteurs du Code aient voulu avoir égard à un bail en train d'exécution; l'intérêt de l'agriculture, du commerce et de l'industrie le commandait impérieusement; mais ces motifs n'ont point la même force à l'égard d'un preneur qui n'est point encore entré en jouissance et qui a d'ailleurs son recours, tel que de droit contre son bailleur. — Toutefois, nous modifierions notre décision, si, indépendamment de toute clause, l'acquéreur connaissait, soit par le vendeur lui-même, soit par tout autre, l'existence du bail au temps de la vente ; sa mauvaise foi devrait le rendre non recevable dans ses prétentions »(2). ~~ Nous ne pensons pas que cette interprétation restrictive doive être admise. En principe on ne peut transmettre à autrui d'autres droits que ceux que l'on a soi-même; or, le vendeur qui, par un bail constaté, s'est dessaisi pour un temps convenu de la jouissance de sa chose; qui a promis de garantir cette jouissance au preneur, ne saurait vendre ni léguer efficacement à un autre sa propriété dégagée de cette

(1) Proudhon, Usuf., t. 3 n. 1217. Troplong, n. 508.

(2) *Voy.* dans le même sens Delv. p. 101 n. 5. Duvergier, t. 1 n. 281 et 541. Proudhon, Usuf., t. 1 n. 102.

obligation. — Déjà l'Assemblée Constituante, par sa loi des 28 septembre, 6 octobre 1791, s'était prononcée en ce sens à l'égard des baux de biens ruraux.

L'art. 2, sect. 2, est ainsi conçu :

« Dans un bail de 6 années ou au-dessous, fait après la publication du présent « décret, quand il n'y aura pas de clause sur le droit du nouvel acquéreur à titre « singulier, la résiliation du bail, en cas de vente du fonds, n'aura lieu que de « gré à gré. »

« Art. 3. Quand il n'y aura pas de clause sur ce droit, dans les baux de plus de « 6 années, en cas de vente des fonds, le nouvel acquéreur à titre singulier pourra « exiger la résiliation, sous la condition de cultiver lui-même la propriété, mais « en signifiant le congé au fermier, au moins un an d'avance, et en dédommageant « au préalable ce fermier à dire d'experts.... »

Comme on le voit, notre ancienne jurisprudence n'admettait pas la distinction que l'on prétend introduire. Le nouveau législateur a complété la réforme; il a étendu *le principe aux baux des maisons :* « Pourquoi, disait le tribun Jaubert, devant le Corps législatif, l'intérêt des tiers serait-il lésé par une vente qui leur est étrangère ? Pourquoi un titre nouveau détruirait-il un titre préexistant ? — C'est surtout à l'égard des baux des biens ruraux, que l'innovation était appelée par l'intérêt public : qu'est-ce qui importe le plus à l'Etat? Sont-ce les mutations parmi les propriétaires ? Non, sans doute : la bonne culture, l'entretien des canaux, voilà les objets qui peuvent faire fleurir nos campagnes ; or, rien de tout cela ne peut se retrouver là où les mutations de jouissance sont trop fréquentes. » — Ces extraits démontrent, que le cas où le preneur est en jouissance et celui où il ne possède pas encore, sont soumis à la règle de l'art. 1743 ; sans doute, le mot *expulser*, qui se trouve dans l'art. 1743 emporte l'idée d'un simple droit de rétention : mais tout s'explique, si l'on considère qu'à l'époque où le Code a été rédigé, on employait ce mot pour exprimer que le successeur à titre particulier avait le droit d'anéantir le bail; *le preneur peut être expulsé....* telle était la formule consacrée (Pothier, Louage n° 289) : le nouveau législateur voulant consacrer une théorie contraire et détruire jusqu'aux moindres vestiges de l'ancien système, a pris le contre-pied de la proposition ; il a dit : *l'acquéreur ne pourra expulser le preneur.* — Dans le système contraire, loin de donner plus d'extension aux effets du bail, on les amoindrirait, en réduisant le droit du preneur à un droit de rétention ; on rétrograderait, au lieu d'avancer. — Une dernière considération se présente : dans l'ancien droit, le bail finissait avec l'usufruit, par suite du principe : *successor particularis non tenetur stare colono :* mais l'art. 595 ne fait plus de l'entrée en jouissance du preneur, qui tient ses droits d'un simple usufruitier, la condition du maintien de ce bail.—Bien plus, les art. 1429 et 1530, qui forment le complément de l'art. 595, portent que le nu-propriétaire est tenu d'entretenir les baux de 9 ans et au-dessous *dont l'exécution n'a pas commencé :* comment admettre que l'acquéreur, dont la position est certes moins favorable que celle du nu-propriétaire, soit traité plus favorablement ? Que deux positions égales sous l'ancien droit, soient régies sous le nouveau par des principes opposés ? — Il faut donc reconnaître, que l'art. 1543 s'explique par les art. 595, 1429 et 1430 combinés, et que le mot *expulser*, a été employé dans cet article, comme équivalent de l'expression : *rompre le bail* (1).

1744 — S'il a été convenu, lors du bail, qu'en cas de vente, l'acquéreur pourrait expulser le fermier ou locataire, et

(1) Locré. Législation, t. 14 p. 431 et 432, n. 11. p. 458 n. 9. Troplong. n. 493 et suiv. Zach. t. 3 p. 26. Marcadé, art. 1743. Dijon 21 avril 1827.

qu'il n'ait été fait aucune stipulation sur les dommages et intérêts, le bailleur est tenu d'indemniser le fermier ou le locataire de la manière suivante.

= Lors même que le bailleur s'est réservé par le bail, le droit d'expulser le preneur, ce dernier peut exiger une indemnité : si cette indemnité a été fixée, on se renferme dans la convention; au cas contraire, on observe les règles tracées par les art. 1745 à 1747.

1745 — S'il s'agit d'une maison, appartement ou boutique, le bailleur paye, à titre de dommages et intérêts, au locataire évincé, une somme égale au prix du loyer, pendant le temps qui, suivant l'usage des lieux, est accordé entre le congé et la sortie.

= Le bailleur indemnise ordinairement le preneur, en lui fournissant l'habitation gratuite, pendant le temps réputé nécessaire pour se procurer un autre logement; cette indemnité équivaut au montant des loyers convenus pour trois ou six mois, suivant que le congé doit être donné trois mois ou six mois avant la sortie.

1746 — S'il s'agit de biens ruraux, l'indemnité que le bailleur doit payer au fermier, est du tiers du prix du bail pour tout le temps qui reste à courir.

= Dans le cas de l'article précédent, le législateur a pu établir une base fixe pour le règlement de l'indemnité; car le préjudice ne consiste que dans la privation de l'usage de la chose : mais lorsqu'il s'agit de biens ruraux (c'est-à-dire, de biens destinés à la culture), comme le tort consiste dans la privation du profit que le preneur pouvait espérer sur les années de jouissance à venir, la loi prend pour base de l'indemnité, le temps qui restait à courir : par ex., si l'expulsion prive le preneur de six années de jouissance, on doit lui payer deux années de fermages.

1747 — L'indemnité se règlera par experts, s'il s'agit de manufactures, usines, ou autres établissements qui exigent de grandes avances.

1748 — L'acquéreur qui veut user de la faculté réservée par le bail, d'expulser le fermier ou locataire en cas, de vente, est en outre tenu d'avertir le locataire au temps usité dans le lieu pour les congés.

Il doit aussi avertir le fermier de biens ruraux, au moins un an à l'avance.

= On ne peut supposer que l'intention du preneur ait été de se soumettre à une expulsion brusque qui ne lui laisserait pas le temps

de se procurer une autre habitation; le bailleur doit l'avertir, un certain temps d'avance : ce temps varie, suivant qu'il s'agit de baux à loyer ou de baux à ferme.

1749 — Les fermiers ou les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur, ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués.

= L'art. 1749 se réfère aux art. 1744 à 1747, tous relatifs au cas où le bail contient réserve d'expulser le fermier.

Si le preneur est porteur d'un bail ayant date certaine, le paiement d'une indemnité est la condition de son expulsion. — Ainsi que l'expriment ces mots de notre article : ne *peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par* le bailleur.

Si le bail n'a pas date certaine, l'acquéreur n'est tenu d'aucuns dommages-intérêts : le règlement de l'indemnité est une question qui ne peut s'agiter qu'entre le preneur et le bailleur (*voyez* l'article suivant).

1750 — Si le bail n'est pas fait par acte authentique, ou n'a point de date certaine, l'acquéreur n'est tenu d'aucuns dommages et intérêts.

= Ce bail ne doit imposer aucun sacrifice à l'acquéreur et peut être révoqué en doute, sauf le recours du preneur contre le vendeur.

1751 — L'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le preneur, jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable.

= Cette doctrine était adoptée par notre ancienne jurisprudence; Pothier la combattait (n° 295); mais le Code l'a consacrée.

L'acquéreur à pacte de rachat ne peut expulser le preneur avant l'expiration du délai fixé pour le réméré, lors même que le bail a une durée limitée (1736 et 1737); car, d'un instant à l'autre, le vendeur peut recouvrer sa propriété; ce qui donnera lieu à la réintégration du preneur dans la jouissance.

La règle reçoit son application, bien que le bail n'ait pas date certaine, car les mêmes raisons se présentent. — Nous irons plus loin, l'art. 1751 serait inutile, s'il n'avait pour objet spécial que de régler cette hypothèse (*voyez* l'art. 1743) (1).

(1) Troplong, n. 525. Marcadé, art. 1751. Dur. t. 17 n. 154. Duvergier, n. 553. Demante t. 3 n. 411. Suivant Dur. t. 17 n. 54, l'acquéreur peut donner congé au preneur en observant le délai d'usage : mais le texte et l'esprit de l'article s'élèvent contre son opinion.

L'art. 1751 est-il applicable dans tous autres cas de vente sous condition résolutoire? Il s'agit ici d'une dérogation à la règle que le bail sans date certaine ne peut être opposé à l'acquéreur (1743); or il est de principe que l'on doit restreindre les exceptions aux cas pour lesquels elles sont établies. — Le texte de l'art. 1751 se justifie d'ailleurs par cette considération, que la résolution du droit de l'acheteur à réméré est probable; tandis que le doute le plus absolu existe sur ce point dans tous autres cas.

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES DES BAUX A LOYER (1).

La loi et l'usage désignent sous la dénomination de *baux à loyer*, le louage des maisons et celui des meubles (1711).

Si le bail comprend des biens de natures diverses, par ex., des fonds de terre et des maisons d'habitation, sont-ce les règles particulières aux baux à loyer, ou celles qui sont spéciales aux baux à ferme qui deviennent applicables? Autant que possible, il faut appliquer à chaque chose les dispositions qui conviennent à sa nature : ainsi, quand il s'agit de réparations locatives, on applique aux bâtiments les règles des baux à loyer, quoiqu'ils aient été considérés dans le bail comme accessoires de la ferme, et aux biens ruraux, les règles des baux à ferme, quoiqu'ils fassent partie accessoire d'une maison d'habitation, donnée à loyer : — mais quel parti doit-on prendre quand, il s'agit d'appliquer à l'ensemble du domaine une règle identique, par ex. de fixer l'indemnité en cas d'éviction (1479), de déterminer le délai dans lequel le congé doit être donné, de savoir s'il y a lieu à tacite réconduction, etc.? A défaut d'une clause spéciale qui manifeste la pensée des parties contractantes, le juge recherche parmi les choses comprises dans le

(1) La division générale des baux, en baux à loyer et baux à ferme est critiquée avec raison par tous les auteurs. En effet, certains immeubles ne sont ni maisons d'habitation, ni héritages ruraux ; tels sont : les chantiers, les mines et carrières, les usines en général, les emplacements destinés aux foires ou marchés : il serait plus exact de diviser les baux en baux des immeubles qui produisent des fruits naturels ou industriels, et en baux des immeubles qui produisent des fruits civils : ces termes complexes comprendraient tous les immeubles, quelle que fut leur nature; on arriverait ainsi, d'une manière logique, à cette conséquence généralement admise, que les immeubles sont soumis aux règles relatives aux baux à loyer lorsqu'ils ne produisent que des fruits civils et que l'on doit considérer comme propriété rurale, le terrain destiné à la culture, au pâturage et à d'autres usages ruraux.—Telle est la règle posée par Denisart (v° Bail à ferme et à loyer n. 3). La cour de Paris (16 juin 1825), a jugé, il est vrai, qu'un terrain loué pour en faire un chantier, pouvait être considéré comme un bien rural ; mais cette décision nous paraît inadmissible : un chantier n'a rien de commun avec l'agriculture : destiné à recevoir un dépôt de choses vénales, ce terrain doit être considéré comme un établissement de commerce ; par conséquent, en cas d'éviction du preneur, il y a lieu d'appliquer la règle de l'art. 1747 (Duvergier, t, 2 n. 3. Troplong, t. 2 n. 514. Dall. n. 516). « Le louage d'un bien rural, dit M. Mouricault dans son rapport au Tribunat, c'est-à-dire d'un fonds produisant des fruits naturels ou industriels, est appelé bail à ferme; le louage d'une maison ou d'un bâtiment qui ne produit que des fruits civils ou loyers est appelé *bail à loyer*.

bail, celle qui est la principale et applique à toutes la stipulation relative à cet objet : il prend surtout en considération le but que les contractants se sont proposé (1). — « Ces idées trouvent une nouvelle confirmation, dit Dalloz, nº 598, dans l'art. 1091 du Code civil d'Autriche, lequel porte : « Le contrat de bail s'appelle *bail à loyer*, lorsqu'on peut se servir de la chose louée sans autre préparation; mais, lorsqu'on ne peut s'en servir qu'à l'aide de travail et de soins, le contrat se nomme *bail à ferme*. Lorsque, par un même contrat, on loue à la fois des choses de la première et de la deuxième espèce, le contrat doit être apprécié *suivant la nature de la chose principale*. »

Ainsi, on doit considérer comme accessoire d'une usine, non-seulement le bâtiment où s'exerce l'industrie, la maison d'habitation et les machines; mais encore les prés ou herbages destinés à nourrir les animaux; les carrières destinées à l'approvisionement des matières premières, etc. — Au contraire, l'usine qui se trouve dans un domaine rural affermé, n'est qu'un accessoire de ce domaine : par conséquent, il faut appliquer dans le premier cas, les règles des baux à loyer ; dans le deuxième, celles des baux à ferme.

Les règles spéciales aux baux à loyer et aux baux à ferme, reçoivent leur application, sans préjudice des règles générales exposées dans la section précédente.

Nous verrons : 1º quelles sont les obligations du locataire (1725-1764); — 2º quelles sont celles du bailleur (1755-1756); — 3º comment se résout le bail (1757-1762).

1752 — Le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer.

= Le bailleur a sur les meubles qui garnissent la maison louée un privilége pour le montant de ses loyers (2102); il lui importe, dès lors, de trouver dans ce mobilier une garantie suffisante : on ne doit tenir compte, ni des meubles qui sont déclarés insaisissables par la loi, ni de ceux qui ne se trouvent dans les lieux loués qu'accidentellement, par ex., à titre de dépôt, de prêt, de location. — Les pierreries, les bagues et joyaux, les obligations etc., échappent dans tous les cas, ainsi que nous le verrons, au privilége du propriétaire.

Le nombre de termes dont le mobilier doit répondre n'étant pas déterminé par la loi, on demande s'il doit avoir une valeur égale au montant des loyers pour tout le temps du bail : par ex., lorsque le bail est fait pour neuf ans, si les meubles doivent être suffisants pour répondre du loyer de neuf années? Il suffit, en général, sauf certaines circonstances, qu'il garantisse le terme courant, le terme suivant et

(1) Pothier, n. 311. Duvergier, t. 4 n. 4. Troplong, n. 527. Marcadé, t. 6 p. 487. Bruxelles 29 novembre 1809.

les frais que pourront occasionner la saisie et la vente du mobilier, en cas de non-payement des loyers (Arg. des art. 1660 et 1662) : s'il en était autrement, on verrait naître des contestations, fondées le plus souvent sur des craintes chimériques. — La loi ne prétend pas contraindre le locataire à consacrer à son mobilier un capital au-dessus de ses ressources ; c'est au propriétaire à ne pas laisser accumuler les loyers arriérés (1). — En pareille matière, les tribunaux ont même un pouvoir discrétionnaire; ils considèrent moins la valeur du mobilier, comparée au montant des loyers pour tel ou tel nombre de termes, que l'intention présumée des parties; ils s'attachent surtout à connaître les garanties sur lesquelles a dû compter le bailleur : la condition du preneur, sa profession et la destination des lieux loués influent puissamment sur leur décision : par ex., le propriétaire qui loue à un ouvrier, ne peut exiger un mobilier de luxe; celui qui donne à bail une pièce destinée à servir de salle d'armes ou de danse, doit savoir que quelques meubles sans grande valeur, forment habituellement le mobilier de pareils lieux : tout dépend des circonstances et des usages locaux.

La règle de l'art. 1752 reçoit même en certains cas une exception nécessaire, notamment, quand il s'agit d'un appartement garni : c'est alors au propriétaire à prendre des sûretés, ou à stipuler qu'on lui paiera d'avance tout ou partie du loyer.

L'estimation du mobilier a lieu approximativement, eu égard à la somme que produira la vente, si elle est faite en justice. On ne s'arrête pas au prix d'achat.

Le propriétaire peut s'opposer à l'enlèvement des meubles qui garnissent les lieux loués, puisqu'ils forment son gage (2102) : mais ne perdons pas de vue, que le but unique de la loi est de lui assurer des garanties pour le paiement de ses loyers : qu'elle n'entend nullement interdire au locataire le droit de disposer de son mobilier, et bien moins encore, celui de faire les actes que comporte une bonne administration : souvent il est nécessaire de déplacer les meubles pour les faire réparer ou pour les changer : admettre que le déplacement ou la vente de quelques meubles peut autoriser une demande en résiliation ou une action en revendication, ce serait donc interpréter les textes avec une rigueur contraire à leur esprit : si le locataire est solvable, ou en supposant même que sa solvabilité soit douteuse, s'il a laissé une quantité de meubles suffisants pour répondre des loyers, à quel titre le propriétaire se plaindrait-il (2)?—Au surplus, nous le répétons, les tribunaux ont un pouvoir souverain pour l'ap-

(1) Telle était la disposition de la coutume d'Orléans. Pothier, n. 318 et 273. Duvergier, n. 16. Delv. p. 201, n. 3. Dur. n. 157. Merlin, Rép., Bail, § 7 n. 3. Troplong t. 2 n. 531. Marcadé, art. 1752.

(2) Duvergier, n. 17. Troplong, n. 532, Cass. 8 décembre 1806. Bordeaux, 11 janvier 1826. *Voy.* cep. Paris, 2 octobre 1806 et Poitiers, 28 janvier 1819.

préciation des garanties qui sont dues au bailleur : leur décision est subordonnée aux circonstances.

Le locataire peut être expulsé, s'il ne satisfait pas à l'obligation de garnir les lieux de meubles suffisants : toutefois, l'expulsion ne s'opère pas sans formalités préalables : le propriétaire doit obtenir un jugement (1) ; il s'agit, en effet, de rompre un contrat synallagmatique, d'appliquer la règle générale de l'art. 1741, lequel dispose que le bail se résout par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements, ce qui nécessite une appréciation de faits.

La loi dispense le preneur de garnir de meubles la maison, lorsqu'il présente d'autres sûretés, par ex., une hypothèque, un gage, une caution.

Le simple locataire qui a sous-loué la maison ou la métairie, a le même droit sur les meubles du sous-locataire.

1753 — Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur, au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation.

Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation (2).

— Le propriétaire ayant un privilége sur tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme (2102), la loi devait lui accorder certains droits sur les meubles du sous-locataire. — On avait proposé d'affecter les effets de ce dernier, au paiement du loyer principal, sinon pour la totalité, du moins pour une portion correspondante à l'importance de la partie sous-louée ; mais, il eût été trop rigoureux, de rendre un sous-locataire garant des fautes de son bailleur : notre article décide, que le sous-locataire n'est tenu, envers le propriétaire, *que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location dont il se trouve débiteur au moment de la saisie.* On ne peut raisonnablement supposer, en effet, qu'en transportant ses meubles dans les lieux loués, ce

(1) Duvergier, t. 4 n. 19. Troplong, n. 533 et suiv. Marcadé sur l'art. 1752. — M. de Belleyme Form. n. 63, a décidé que le locataire d'un appartement peut être expulsé sur un simple référé, à défaut de meubles d'une valeur suffisante ou d'une caution : cette décision souvent se justifie par l'urgence ; mais nous n'approuvons pas, l'on doive l'ériger en principe.

(2) L'art. 1753 est placé à tort dans la section relative aux baux à loyer ; car il consacre des règles applicables même aux baux ruraux : le doute qui pourrait exister à cet égard est levé par l'art. 820. Pr. Ainsi conçu : « Peuvent les effets des *sous-fermiers* et sous-locataires, garnissant les lieux par eux occupés, et les fruits des terres qu'ils sous-louent, être saisis-gagés pour les loyers et fermages, dus par le locataire ou fermier de qui ils tiennent. » — Cet article, au surplus, n'existait pas dans le projet primitif, il a été ajouté sur la proposition de la cour de Lyon, en vue de mettre un terme aux difficultés qui s'élevaient constamment entre les propriétaires et les sous-preneurs.

dernier ait consenti à se rendre indéfiniment garant de tout ce que le preneur principal pourra devoir au propriétaire. — Exemple : je suis locataire d'une maison, moyennant 4,000 fr. par an ; je sous-loue cette maison en tout ou en partie : l'un des sous-locataires me doit 300 fr., montant de deux termes : ses meubles pourront être saisis par le propriétaire pour le montant de cette somme (2102) ; mais il ne pourra exiger davantage (1). Ainsi, le propriétaire exercera les droits de son propre locataire bailleur, par rapport au sous-locataire (2102). — Observons surtout, qu'il agira, non en vertu de l'art. 1166, mais *directement*, en qualité de propriétaire, même par voie de saisie-exécution, s'il a un titre exécutoire ; qu'il puise son droit dans cette circonstance, que sa propriété est occupée (2) : par conséquent, il sera toujours préféré pour ses loyers, aux créanciers du locataire, qui auraient formé des saisies entre les mains du sous-locataire.

Quant à la limitation du privilége, à la somme dont le sous-preneur est débiteur, elle résulte d'une convention tacite, intervenue entre le propriétaire et le sous-preneur.

Le sous-locataire ne peut opposer au propriétaire des payements faits par anticipation : en payant ce qui n'était pas encore dû, il a fait un véritable prêt ; il s'est placé dans la même position qu'un créancier ordinaire. — D'ailleurs, ces payements pourraient être un moyen de fraude concerté avec le locataire (3).

On excepte toutefois ceux qui ont été faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail (4), soit en conséquence de l'usage des lieux, pourvu que le bail ait date certaine, antérieure à la saisie ; car la fraude est alors impossible.

Les quittances de loyers et de fermages, données sans anticipation font foi, bien qu'elles n'aient pas acquis date certaine : il a paru convenable de s'écarter du texte littéral et précis de l'art. 1322, dans des matières où tout est censé se passer de bonne foi et d'accord entre les parties : c'est là un cas d'exception à la rigueur du principe posé par l'art. 1328 (5).

Le sous-locataire, disons-nous, n'est tenu envers le propriétaire que dans les termes de sa sous-location : par la raison contraire, le propriétaire ne peut être tenu envers le sous-locataire que dans les limites des obligations qu'il a contractées envers son locataire.

(1) Marcadé, art. 1753. Dur. t. 17 n. 161. Duvergier, n. 388. Troplong, n. 537 et suiv. Paris, 2 février 1808. Amiens, 10 avril 1839. Dall. n. 430. Toulouse, 5 février 1845. D. p. 45, 2, 80. Dev. 1845, 2, 279. Pal. 1845, 1, 624. Cass. 24 janvier 1853. D. p. 53, 1, 124.

(2) Troplong, n. 238. Dur. t. 17 n. 161. Paris, 10 mai 1849. Pal. 1849, 2, 98.

(3) Paris, 18 novembre 1848. D. p. 49, 5, 272.

(4) Cass. 22 février 1854. D. p. 54, 1, 188.

(5) Troplong, Louage, n. 327 et 548. Duvergier, Louage, n. 385, 464 et suiv. Toullier, t. 7 n. 84. Zach. p. 20. Besançon, 15 février 1827. Cass. 3 novembre 1813. Paris, 23 mars 1832. Dev. 1833, 2, 121.

direct : d'où il résulte, que si le bail tombe, le sous-bail est de plein droit anéanti. — Vainement objectera-t-on qu'en déclarant le sous-preneur débiteur direct du propriétaire pour une quotité déterminée, la loi déclare implicitement qu'en exécutant l'obligation qui lui est imposée, ce dernier ne doit rien avoir à craindre pour la stabilité de ses droits (1) : les art. 820 pr. et 1753 C. civ. ne sont pas faits pour le cas où le locataire principal a été éliminé : ils supposent au contraire qu'il est resté interposé entre le propriétaire et le sous-locataire, ainsi que l'expriment ces mots de l'art. 1753 ; « jusqu'à concurrence du prix de la sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie. » Le propriétaire souffre la sous-location comme surcroît de garantie ; elle doit s'évanouir dès lors avec le bail principal (2). (Voyez au surplus, art 1741 quest.)

Observons qu'à la différence du fermier ordinaire, le colon partiaire ne peut ni céder son bail ni sous-louer, à moins que cette faculté ne lui ait été expressément accordée par le contrat (1763).

Des réparations locatives.

La loi divise les réparations en deux classes principales : les *grosses réparations* et les *réparations d'entretien* (605).

Elle subdivise les réparations d'entretien en deux catégories : les *réparations de gros entretien* et les *réparations de menu entretien* : ces dernières seules sont à la charge du locataire : on leur donne pour cette raison le nom de réparations *locatives*.

La responsabilité du locataire, sous ce rapport, repose sur cette considération, que les dégradations proviennent ordinairement de sa faute, de celle des gens à son service, ou de celles des personnes qu'il a introduites chez lui (3).

Elle cesse dans les cas suivants :

1° Lorsque les faits qui ont rendu les dépenses d'entretien nécessaires rentrent dans l'usage naturel de la chose ;

2° Lorsque les dégradations proviennent d'un défaut de construction ou du vice de la matière ;

3° Lorsqu'elles sont occasionnées par vétusté ou par force majeure ;

4° Lorsqu'elles sont mises, par une clause du bail, à la charge du bailleur. — Par la raison contraire, quelques-unes des réparations ordinairement supportées par le bailleur, peuvent être mises à la charge du preneur (1720 et 1756).

1754 — Les réparations locatives ou de menu entretien

(1) Duvergier, n. 539. Zach. t. 3, § 369 p. 23.

(2) Dur. t. 17 n. 159. Troplong, t. 2 n. 544 et suiv. Marcadé, art. 1753. Curasson, t. 1 n. 60 *ter*. Rennes, 13 novembre 1810. Paris, 16 octobre 1812 et la note de Devilleneuve, 15 juin 1835, 3 juin 1836. Dall. 1838, 1, 112. Bordeaux, 25 juillet 1844. Dev. 1845, 2, 42.

(3) Pothier, Louage, n. 219 et suiv. Merlin, Rép. v° Bail. Dur. t. 17 n. 164. Duvergier, n. 447 et suiv. Troplong, n. 585 et suiv.

dont le locataire est tenu, s'il n'y a clause contraire, sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et, entre autres, les réparations à faire,

Aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes des cheminées ;

Au recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d'habitation, à la hauteur d'un mètre ;

Aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés;

Aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle ou autres accidents extraordinaires et de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu ;

Aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutique, gonds, targettes et serrures (1).

= On présume que les dégradations dont il s'agit, ont été commises par le preneur ou par des personnes dont il est responsable.

La loi ne pouvait déterminer toutes les réparations qui doivent être réputées locatives; elle renvoie sur ce point à l'usage des lieux, et se borne à indiquer les principales.

Si les réparations qui doivent être considérées comme locatives, ne sont déterminées ni par la loi, ni par l'usage, les tribunaux prononcent, eu égard aux circonstances et par analogie des règles que l'usage ou la loi établit sur d'autres objets. Ils recherchent notamment, si la dégradation doit être attribuée à la faute du locataire, ou si elle n'est que l'effet naturel de l'usage de la chose : leur décision échappe à la censure de la Cour de Cassation (2).

— A la charge de qui sont les réparations locatives des choses destinées à l'usage de tous, comme l'escalier, les cours, les corridors, la pompe, etc.,

(1) La loi répute *locatives*, les réparations à faire pour le récrépiment des murailles des appartements et autres lieux d'habitation : mais on ne considère pas comme telles, les réparations à faire dans tous autres lieux qui ne sont pas destinés à l'habitation, par ex., dans les caves : le bailleur les supporte, parce que les dégradations sont alors attribuées à l'humidité.

A l'égard des pavés et carreaux, le locataire doit remplacer ceux qui sont cassés. Si tous étaient mauvais, on attribuerait leur état à la vétusté; le locataire ne serait pas tenu de les remplacer.

La loi laisse à la charge du propriétaire la réparation des pavés des cours, écuries, et même des cuisines.

On appelle *âtre*, le foyer de la cheminée; — *contre-cœur*, la plaque de fonte appliquée contre le mur de la cheminée; — *chambranle*, les ornements de bois, de pierre ou de marbre qui bordent les côtés de la cheminée; — *tablette*, la pièce de bois ou de marbre qui est posée à plat sur le chambranle.

On nomme *targette*, une petite plaque de fer avec un verrou, qui sert à fermer les portes ou les fenêtres.

(2) Duvergier, n. 447. Merlin, Rép., v° Bail, § 8. Delv. 3 p. 202. Cass. 24 novembre 1832. Dev. 1833, 2, 238.

lorsque la maison est occupée par plusieurs locataires? — A la charge du bailleur, car les lieux ne sont pas confiés à la garde particulière de chacun des locataires. — Les locataires ne sont point chargés de se surveiller réciproquement ; — la disposition rigoureuse de l'art. 1734, n'est point applicable à l'espèce (Merlin, Rép., v° Bail, § 8, p. 566; Duvergier, n. 25; Troplong, n. 590).

1755 — Aucune des réparations réputées locatives, n'est à la charge des locataires, quand elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure.

= On ne peut, en ce cas, reprocher aucune faute au locataire : mais l'obligation de prouver la vétusté ou la force majeure est à sa charge; car il invoque cette excuse comme moyen de libération.

Le locataire est également affranchi de l'obligation de réparer l'immeuble, quand les dégradations proviennent du vice des matériaux ou d'un défaut de construction (Troplong, n. 587. Duvergier, n. 447).

1756 — Le curement des puits et celui des fosses d'aisances sont à la charge du bailleur, s'il n'y a clause contraire.

Louage des meubles.

1757 — Le bail des meubles fournis pour garantir une maison entière, un corps de logis entier, une boutique, ou tous autres appartements, est censé fait pour la durée ordinaire des baux de maisons, corps de logis, boutiques ou autres appartements, selon l'usage des lieux.

= Cet article est le seul qui règle le louage des meubles; encore s'occupe-t-il uniquement de ceux qui sont destinés à garnir une maison d'habitation.

Le laconisme du législateur prouve que cette matière ne comporte que peu de développements; toutefois, il n'est pas inutile de rappeler quelques notions générales.

En principe, le bail est parfait par le seul consentement des parties : la loi n'exclut aucun moyen de preuve, pas même celle qui résulte du témoignage, si ce n'est, quand il s'agit du louage des immeubles (1715) : on sait qu'en cette matière, la preuve testimoniale est prohibée d'une manière absolue.

Quelle est la durée de la location des meubles? Lorsque les meubles sont fournis pour garnir une maison entière, un corps de logis, une boutique ou un appartement, il faut, aux termes de l'art. 1757, à défaut de stipulations particulières, appliquer les usages locaux :

ainsi, les meubles sont censés loués pour la durée ordinaire des baux de maisons, corps de logis, boutiques ou appartements.

Peu importerait même que la maison, la boutique ou l'appartement eussent été loués pour une durée déterminée : le locataire des meubles a pu ignorer les conventions intervenues entre le propriétaire de la maison et le preneur ; à moins d'indices contraires, on doit présumer dès lors qu'il a entendu prendre pour règle la durée ordinaire des baux faits sans limitation de terme (1).

Quid, si le locataire de la maison a donné au locateur de meubles, connaissance de son bail écrit? Les parties sont alors censées avoir voulu se référer à ce bail pour fixer la durée du louage des meubles ; mais il ne suffirait pas que le locateur de meubles, eût connu la durée du bail par une voie quelconque (2) : nous supposons que cette communication lui a été donnée comme renseignement.

L'art. 1757 est-il applicable, lorsque celui qui prend les meubles en location n'habite pas les lieux en qualité de locataire ; mais à un autre titre, par ex., comme propriétaire? On peut dire que la présomption, sur laquelle est fondé l'art. 1757, manque alors de base, puisqu'il n'y a plus lieu d'appliquer à la location de la maison ou de l'appartement, les dispositions qui régissent les baux faits sans fixation de durée : quoiqu'il en soit, nous pensons que le juge doit, même en ce cas, prendre sa règle dans l'art. 1757 : cet article dit Troplong (n° 600), n'est pas assez exclusif dans ses termes, pour qu'on ne puisse l'appliquer qu'au locataire de maison exclusivement.

Quelle est la durée de la location des meubles, lorsque les parties ne l'ont fixée ni expressément, ni tacitement? Il n'est pas nécessaire, comme en matière de baux des immeubles, qu'un congé ait été donné dans un certain délai : libre aux parties d'y mettre fin, en se prévenant quelques jours à l'avance.

Quelquefois, la durée de la location résulte des circonstances dans lesquelles le contrat est intervenu : par ex., si j'ai déclaré, au moment du bail, que je louais un cheval ou une voiture pour faire un voyage, le locateur ne pourra me contraindre à rendre la chose louée avant que le voyage ne soit effectué, lors même que le prix aurait été fixé à tant par mois, par semaine, par jour, ou par heure (3). — Si le voyage a manqué, le locataire sera tenu d'indemniser le locateur, du dommage que lui cause l'inexécution du contrat.

Si rien ne dénote que les parties aient entendu donner à la location une certaine durée ; par ex., si un cheval est loué à tant par jour, par semaine ou par mois, la location cesse à la fin de chaque jour, de chaque semaine ou de chaque mois (Troplong, n. 598).

(1) Delv. t. 3, p. 202 n. 3. Duvergier, t. 4 n. 233. Troplong, n. 599.
(2) Duvergier, n. 233. Troplong, n. 599.
(3) Pothier, n. 31. Duvergier, n. 230 et 231, t. 1er.

Le locateur d'objets mobiliers comme le bailleur d'immeubles (1719), est tenu :

1° De délivrer au preneur la chose louée avec tous ses accessoires.

La délivrance est aux frais du locateur; elle se fait dans le lieu où se trouve la chose. — Les frais d'enlèvement sont supportés par le locataire, à moins que la convention, les circonstances ou l'usage ne mettent ces frais au compte du preneur (Duvergier, n. 232).

2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée (Troplong, n. 176).

3° D'en faire jouir paisiblement le preneur (Troplong, n. 195).

Tout ce que nous avons dit sur les effets de la destruction totale ou partielle de la chose louée, s'applique aux meubles comme aux immeubles (1721 et 1722) (Troplong, n. 221).

Le preneur est tenu de jouir en bon père de famille et suivant la destination de la chose (Pothier, n. 190) (1728) (1). Il peut exiger le remboursement des impenses nécessaires qu'il a faites. Cette règle s'applique notamment au cas où un cheval loué pour un voyage, étant tombé malade pendant ce voyage, le preneur lui a fait donner des soins.

Les art. 1730, 1731 et 1732 qui déterminent l'état dans lequel la chose doit être rendue à l'expiration du bail, bien que placés sous la rubrique des baux de maisons et de biens ruraux, s'appliquent au louage de meubles (Troplong, n. 347). La responsabilité du locataire peut être étendue aux cas fortuits; mais il faut pour cela, ou une stipulation expresse, ou que la chose louée ait été estimée par le contrat : dans ce dernier cas le locataire peut combattre, par tous moyens de droit, la présomption légale qui s'élève contre lui.

L'art. 1743 ne peut s'appliquer aux choses mobilières, à moins qu'elles ne soient unies accessoirement à un immeuble ; auquel cas elles suivent le sort de cet immeuble (2).

Ce que nous avons dit sur la tacite réconduction en parlant des bâtiments et des fonds de terre, s'applique au louage des meubles : ce nouveau contrat est censé fait sous les mêmes conditions que le premier, à l'exception de sa durée qui n'est pas déterminée ; chacune des parties peut faire cesser le nouveau bail quand bon lui semble ; le locateur en réclamant sa chose, le locataire en la restituant. Il suffit qu'elles se préviennent dans un délai raisonnable. Le prix est dû en raison du temps que la nouvelle jouissance a duré (1738).

Quelle serait la position du locataire, s'il avait gardé la chose après l'expiration du bail, malgré le locateur? Il ne pourrait se libérer en payant le prix de son indue jouissance, puisqu'il n'y au-

(1) Troplong, n. 297. Duvergier, n. 244.
(2) Proudhon, Usuf., n. 1217. Troplong, n. 508.

rait pas tacite réconduction; des dommages-intérêts seraient prononcés contre lui (1) (*voyez* art. 1738, Pothier, n. 371).

Durée et résiliation des baux à loyer.

1758 — Le bail d'un appartement meublé est censé fait à l'année, quand il a été fait à tant par an;

Au mois, quand il a été fait à tant par mois;

Au jour, s'il a été fait à tant par jour;

Si rien ne constate que le bail soit fait à tant par an, par mois ou par jour, la location est censée faite suivant l'usage des lieux.

= Cet article est exclusivement relatif aux baux d'appartements garnis.

Lorsque le bail a pour objet un appartement non meublé, les parties sont engagées pour un temps indéfini; néanmoins chacune d'elles peut résoudre ce contrat par sa seule volonté, à moins qu'il n'ait une durée déterminée (1736). Nous avons vu que ce bail n'est pas censé fait pour un an, par cela seul qu'il a été fait *à tant par an* et qu'à défaut de stipulation expresse, les parties ne sont liées que que pour le terme déterminé par l'usage : on présume qu'elles ont voulu fixer la somme que devra payer le locataire, en raison du temps de sa jouissance : et qu'elles se sont réservé la faculté de donner congé avant l'expiration de l'année, en donnant un avertissement à l'avance, suivant l'usage des lieux.

Delvincourt, (t. 3, p. 202), enseigne que cette présomption exerce son empire même dans les locations d'appartements meublés : mais son opinion ne peut se soutenir en présence des termes formels du texte. D'ailleurs la discussion à laquelle a donné lieu l'article 1758, prouve que le législateur entend refuser en ce cas aux usages, l'autorité qui leur est accordée, quand les baux ont pour objet des appartements non meublés. « L'article embrasse deux cas, a dit M. Tronchet : celui où les parties ont déterminé le temps de la location en la faisant à l'année, au mois ou au jour, et celui où le temps n'a pas été déterminé : c'est ce dernier cas qu'il faut abandonner aux usages. »

Concluons de là, que le bail d'un appartement garni, à tant par an, par mois ou par jour, est assimilé au bail d'un appartement non meublé fait avec fixation de durée, et qu'il cesse en conséquence de plein droit à l'époque déterminée 1737); sans congé donné à l'avance. — Toutefois, pour empêcher la tacite réconduction,

(1) Merlin, Rép. v° Tacite réconduction, n. 8. Duvergier, n. 234 et 235. Troplong, n. 461.

(2) Presque dans toutes les localités quelques jours de grâce sont accordés par l'usage pour déménager, soit que le bail cesse par l'effet d'un congé, soit qu'il expire de plein droit au terme fixé par l'usage des lieux. Ce délai est de pure faveur; il n'entre pas dans le calcul du temps qui doit séparer la signification de la fin du bail (*voy.* cep. Dur. t. 17 n. 169).

le locataire doit déménager au terme. — Le locateur de son côté, agira prudemment en signifiant au locataire, un congé-avertissement.—Appliquez les règles que nous avons exposées, sous les art. 1737 et 1739.

Ainsi, la location d'un appartement garni, moyennant tant par an, par mois, par semaine ou par jour, a pour limite l'époque à laquelle doit être fait le payement.—Si les parties n'ont rien déterminé à cet égard, alors seulement l'usage des lieux devient la règle.

1759 — Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux.

— La loi fait au bail à loyer, l'application des principes établis par les art. 1736 et 1738 sur la tacite réconduction.

La durée que doit nécessairement avoir la possession, pour que le nouveau bail soit censé conclu, n'étant pas déterminée par la loi, le juge prononce eu égard aux circonstances (1). Les usages locaux auront une grande influence sur sa décision. — Notons seulement, que la tacite réconduction ne peut résulter que de la continuation de jouissance, après l'expiration du bail.

Lorsque le bail est fait sans durée limitée, il ne cesse que par l'effet d'un congé. — Le congé doit être donné par le locataire, si c'est lui qui veut sortir des lieux loués, et par le propriétaire, si c'est lui qui veut expulser le locataire. — Les parties doivent respectivement se prévenir un certain temps avant l'exigibilité du terme; on se refère sur ce point à l'usage des lieux (1736).

— Lorsque la maison louée appartient à plusieurs copropriétaires indivis, l'un d'eux peut-il valablement donner congé pour son compte particulier? — Non, évidemment : tous doivent s'entendre pour agir en commun, ainsi qu'ils sont tenus de le faire pour la formation du bail, (v. p. 43). Nous exceptons, bien entendu, le cas où un seul aurait agi en vertu du mandat exprès ou tacite des autres : on présumerait facilement le mandat tacite, s'il administrait seul le domaine pendant la durée du bail (2).

Quid, dans le cas inverse : c'est-à-dire si la chose louée, est occupée par indivis par plusieurs preneurs? Quel sera l'effet du congé donné par l'un d'eux? — S'ils sont solidaires, il est de toute évidence que ce congé ne produira point d'effet, puisque chacun des preneurs doit la totalité des loyers; dans le cas contraire les preneurs peuvent donner congé séparément chacun pour sa part et portion (3) (*voyez* p. 43, quest).

(1) Duvergier, n. 76. Troplong, n. 611.

(2) Curasson, Comp. Troplong, n. 427 et 428. Cass. 25 pluviôse an XII.

(3) Troplong, n. 429. Curasson, Comp., p. 290 n. 30. Nimes, 19 avril 1831. Dall. n. 669.

1760 — En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail, pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus.

= Ne concluons pas de cette disposition, que le preneur soit tenu des loyers, jusqu'à ce que le bailleur ait trouvé un autre locataire : la loi veut seulement faire entendre, que ce dernier doit les loyers, pendant le temps accordé au propriétaire par l'usage des lieux. C'est du reste la pensée que M. Mouricault a exprimée par ces mots : « Il est tenu du loyer pendant le temps *ordinairement* laissé au propriétaire, pour s'assurer d'un nouveau locataire. » (1)

Par ex., à Paris, on doit donner congé trois mois d'avance pour les loyers de quatre cents francs ou au-dessus : si un locataire avait été expulsé des lieux le 1er mars, pour abus de jouissance, il devrait donc payer non-seulement le terme courant ; mais encore celui d'avril à juillet. — Toutefois, le bailleur ne pourrait prétendre à ce dernier terme, s'il avait trouvé immédiatement un nouveau locataire ; car ce n'est point un bénéfice, mais une indemnité, que la loi prétend lui accorder (Troplong, n. 624).

Notre article réserve en outre au bailleur, le droit de demander de plus amples dommages-intérêts pour le tort résultant de l'abus de jouissance.

1761 — Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même la maison louée, s'il n'y a eu convention contraire.

= Suivant notre ancienne jurisprudence, le propriétaire pouvait expulser le preneur avant l'expiration du bail, en déclarant qu'il voulait habiter par lui-même la maison louée.

Le Code lui refuse cette prérogative, inconciliable d'ailleurs avec les principes qui régissent les conventions synallagmatiques ; sauf bien entendu, toute stipulation contraire (2).

Les règles que nous avons établies sous les art. 1758 à 1761, s'appliquent à tout bailleur quelque soit son titre : usufruitier, locataire principal ou propriétaire, la loi ne distingue pas : elle parle du bailleur en général (3).

(1) Duvergier, n. 79. Troplong, n. 621. Bordeaux 19 mars 1849. D. P. 50, 2, 15. Pal. 1850, 1, 380. Cass. 1er juillet 1851. Pal. 1851, 2, 609.

(2) Ainsi, la loi *Æde* (L. 3, c. Loc. Cond.), célèbre dans le droit romain et dans notre ancien droit français, est abrogée par le Code civil. — Cette loi permettait au propriétaire d'expulser le preneur, en prouvant que la maison était devenue nécessaire à son propre usage, ou lorsqu'il voulait lui faire subir des modifications importantes. — Sous notre ancienne jurisprudence, il suffisait même que le bailleur affirmât par serment qu'il donnait congé, en vue de venir habiter la maison ou une partie considérable de la maison et qu'il y vînt effectivement (Pothier, n. 329).

(3) Troplong, n. 627. Dev. t. 3 p. 201, notes. Duvergier, n. 12.

1762 — S'il a été convenu, dans le contrat de louage, que le bailleur pourrait venir occuper la maison, il est tenu de signifier d'avance un congé aux époques déterminées par l'usage des lieux.

= Ainsi, le bailleur doit avertir le preneur, par un congé, signifié d'avance aux époques déterminées par l'usage des lieux (1736 et 1737), lors même qu'il se serait réservé le droit de l'expulser pour venir habiter la maison.

Mais la loi ne lui impose pas, comme dans le cas prévu par l'art. 1745, l'obligation de payer une indemnité : la position du bailleur, qui vient occuper sa maison, a paru mériter plus de faveur que celle du vendeur qui donne lieu à l'expulsion du preneur (1): Il n'est pas censé agir comme ce dernier (1743) dans un but de spéculation ; il cède à l'amour de la propriété ; il prend en considération ses convenances personnelles et celles de sa famille : La maxime : *Damnum facere non videtur qui suo jure utitur*, devient donc applicable.

Quid, si le propriétaire, après avoir expulsé le preneur, sous prétexte qu'il voulait habiter la maison, louait cette maison à une autre personne ou même y plaçait son fils qui fesait *ménage à part ?* Le preneur expulsé aurait droit à des dommages-intérêts : la loi n'entend favoriser que le bailleur. — Nous déciderions autrement, si le fils vivait avec son père : ce serait alors comme si le père habitait lui-même la maison ; il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1762 (2).

Observons, que le bénéfice de l'art. 1762 s'étend à tout bailleur quelconque ; même à l'usufruitier et au locataire principal : peu importe, en effet, que le bailleur soit ou non propriétaire, du moment où il y a une convention expresse.

SECTION III.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A FERME (3).

On nomme *bail à ferme*, le contrat qui a pour principal objet, la location des *biens ruraux*.

Déjà nous avons vu (p. 103), que l'on désigne sous la dénomination générale de *biens ruraux*, les héritages destinés à l'agriculture ou aux pâturages : terres, vergers, jardins potagers, prés, bois, vignes, etc., en un mot, les terrains qui produisent des fruits naturels ou industriels.

(1) *Voy.* cep. Duvergier, n. 10. Cet auteur argumente par analogie de l'art. 1744 ; mais l'erreur est évidente. Les situations n'ont aucun rapport, les motifs d'expulsion sont différents. Au surplus, M. Bigot-Préameneu s'est expliqué formellement sur ce point au Conseil d'État *voy.* Fenet, p. 253. Zach. t. 3 p. 28. Troplong, t. 2 n. 626. Marcadé, art. 1762. Toullier, p. 265).

(2) Troplong, n. 629. Dall. n. 731.

(3) Le mot *ferme* vient de *firma* ; il signifie *revenu*.

Rappelons-nous en outre, que les accessoires de la chose louée, quelque considérables qu'ils puissent être, tels que les bâtiments d'exploitation et même d'habitation, ne modifient pas le caractère du bail à ferme.

Doit-on considérer un chantier ou autre terrain qui ne produit pas de fruits naturels, ou industriels, comme un bien rural? (*voyez* p. 103 notes).

On distingue deux sortes de baux à ferme : le bail *à ferme* proprement dit, et le bail à *colonage partiaire* (ou *à métairie*) : le premier intervient, lorsque le preneur paie au bailleur une redevance fixe, soit en argent, soit en denrées : — Le deuxième se forme, lorsque le preneur jouit moyennant un partage des fruits que produit annuellement le fonds (1).

Dans le bail à ferme, le preneur est qualifié de *fermier ;* — dans le bail à colonage, il reçoit le nom de *métayer ou colon partiaire.*

Le bail à ferme et le bail à colonage, diffèrent principalement l'un de l'autre, sous les rapports suivants :

Le fermier reçoit des fruits civils, ces fruits s'acquièrent jour par jour (586) : — Le bailleur partiaire reçoit des fruits naturels ou industriels, lesquels ne s'acquièrent que par la perception.

Le fermier a la faculté de sous-affermer ou de céder son bail, à moins qu'elle ne lui ait été interdite. — Le colon partiaire n'en jouit qu'autant qu'elle lui a été conférée par une clause formelle.

Quoiqu'il en soit, les dispositions que renferme la section qui nous occupe, s'appliquent aux baux partiaires, comme aux baux à ferme. — Exceptons toutefois les art. 1769 et 1770, qui autorisent le fermier à demander, en certains cas, une remise sur le prix de la location, et l'art. 1771, qui met à la charge exclusive du fermier, la perte survenue depuis que les fruits sont séparés du sol : on conçoit, en effet, que le bailleur partiaire doit supporter une part de la perte, puisque les fruits sont sa chose pour partie. (Duvergier, nº 92 et 93).

Il va de soi, que le colon ne peut, avant le partage, disposer d'aucune partie de la récolte, et qu'il doit même, avant de commencer à battre les grains, à faner le fourrage, ou à fouler la vendange, avertir le propriétaire, afin que ce dernier puisse surveiller les opérations (2).

Les dispositions comprises dans cette section, sont relatives à la faculté de sous-louer (1763, 1754);

A l'augmentation ou à la diminution du prix du bail pour cause de

(1) Toutefois, on convient ordinairement que le colon ou métayer payera un prix en argent pour son logement et pour sa part dans les impôts ; c'est-à-dire dans les charges de la culture. Le bailleur jouit, d'un privilége pour cette prestation, (*voy.* l'art. 2102).

(2) Rolland, vº Bail partiaire, n. 14. Duvergier, n. 94.

la différence qui existerait entre la mesure réelle du fonds, et celle qui est mentionnée au contrat (1765);

Aux obligations du preneur (1766 à 1768);

Au cas où il peut obtenir remise du prix (1769 à 1773);

Enfin, la loi détermine la durée du bail à ferme, et impose certaines obligations au fermier sortant (1774-1778).

1763— Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer ni céder, si la faculté ne lui en a pas été expressément accordée par le bail

= Les art. 1763 et 1764, sont les seuls qui s'occupent spécialement du bail partiaire; il importe dès-lors de déterminer avec soin les caractères de ce contrat :

«Le colon partiaire, a dit M. Galli dans l'exposé des motifs, étant celui *qui terram colit non pacta pecunia, sed pro rata ejus quod in fundo nascetur dimidia, tertia*, etc., il est bien clair que c'est là le cas d'*electa industria ;* c'est-à-dire, que pour labourer mes terres, pour les exploiter, j'ai choisi, j'ai contemplé l'adresse, la capacité de telle personne et non de telle autre. Je vendrais bien à qui que ce soit un héritage, pourvu qu'il me le paie ce que j'en demande ; mais je ne ferai pas un contrat de *colonie partiaire*, avec un homme inepte, quelque condition onéreuse qu'il fût prêt à subir, et quelques avantages qu'il voulut m'accorder. »

Ces considérations nous font connaître l'esprit des règles que nous allons développer.

Une question grave se présente tout d'abord :

Le contrat de colonage partiaire est-il un bail véritable, ou une société? Spécialement, doit-on appliquer au colon partiaire la présomtion légale de faute établie en cas d'incendie, au profit du propriétaire, par l'art. 1733?

Trois opinions se sont élevées :

1re *opinion*. Le colonage partiaire a le caractère du contrat de société et non celui du bail : les textes romains étaient précis à cet égard (1). Le propriétaire met en commun la jouissance de ses terres, et fournit ordinairement le bétail; le métayer apporte son travail, son industrie et ses soins; les semences sont payées par moitié; enfin, le partage des fruits a lieu dans la même proportion. — La définition du contrat de société, telle qu'elle est donnée par l'art. 1832, reçoit donc une application plus exacte au bail à colonage, que la définition du contrat de louage, portée en l'art. 1709 du même Code. — Vainement dit-on, que l'art. 1763, le seul dans le Code qui fasse

(1) L. 25, § 6. ff. Loc. Conduct. L. 19, t. 2. L. 52, § 2, ff. *pro socio*. L. 17, t. 2.

une mention spéciale du bail à colonage, se trouve placé au titre du Louage : la classification des contrats sous telle ou telle rubrique, ne saurait être une raison suffisante pour en déterminer la nature; surtout, quand il s'agit de contrats, qui comme le bail à colonage, n'ont pas de caractère qui leur soit propre. Pour montrer combien cette argumentation a peu de force, il suffit de faire observer, que la loi romaine, qui assimile le bail à colonage au contrat de société, est placée au Digeste, précisément sous le titre *Locati conducti*, et que dans le Code civil, le contrat de cheptel, qui est une véritable société, et auquel la loi elle-même donne cette qualification (art. 1818) est placé aussi, comme le bail à colonage, sous le titre du Louage. — D'ailleurs, pour qu'il y ait bail, dit Troplong (nº 639), il faut un prix; or, le colon n'en doit pas : c'est la terre qui paie; c'est le propriétaire, qui prend sa propre chose, non à titre de loyer, mais à titre d'accessoire de la terre qui lui appartient; à titre de partie de la terre elle-même : *partibus rei*. La jouissance n'appartient pas exclusivement au fermier; elle est commune entre le bailleur et le preneur : donc le bail manque de certaines conditions essentielles du contrat de louage. — L'exposé des motifs et le rapport au Tribunat, démontrent clairement que les auteurs du Code n'ont pas voulu innover en cette matière (Fenet t. 14 p. 335). — De ces observations, il faut conclure, qu'on ne saurait, sans une confusion de principes, étendre au colon partiaire la responsabilité légale de l'incendie, établie contre le preneur par l'art. 1733 (1).

2e *opinion*. Le bail à colonage partiaire, a le caractère du contrat de louage, et non celui du contrat de société : en effet, aux termes de l'art. 1156, la nature du contrat se révèle principalement par la commune intention des parties; or, elles n'ont pas ignoré, que le colon partiaire et le fermier étaient placés sur la même ligne par les règles du Code; sauf quelques modifications spécialement déterminées (1763). — A la vérité, dans le colonage partiaire, le prix du bail n'est pas stipulé en une redevance fixe et en argent; mais il importe peu que la rente soit en argentou en denrées produites par le domaine : dans tous les cas, il y a un prix stipulé en retour de la jouissance concédée, et cela suffit pour que le contrat conserve sa nature de bail.

Au surplus, le bail partiaire contient des éléments qui répugnent à l'essence de la société : *D'une part*, si le colonage était une société, le propriétaire devrait, aux termes de l'art. 1859, avoir le droit d'exploiter le fonds comme le colon lui-même; or, il résulte, de la nature du contrat dont nous parlons, que le fermier exploite seul et que le propriétaire n'a droit qu'au partage des fruits. — *D'autre part*, le

(1) Dur. t. 17 n. 176. Troplong, Louage, t. 2 n. 635 et suiv. Delv. t. 3 p. 103, notes. Limoges 21 février 1839. Dall. n. 400. Dev. 1839, 2, 407. Pal. 39, 2, 277 et 6 juillet 1840. D. p. 40, 2, 18. Dev. 1841, 2, 167.

bailleur ne court aucune chance de perte, et il a droit néanmoins à une portion des bénéfices. — Bien plus, il peut arriver que le bailleur ait des bénéfices, bien que le preneur soit en perte ; par ex., si la portion de fruits, qui reste à celui-ci, est d'une valeur inférieure au montant des frais de culture : or, une société fondée sur de pareilles bases, est condamnée par l'art. 1855.

L'argument tiré de la loi romaine, repose sur une fausse interprétation des textes : cette loi, dit Duvergier (n° 99 note), n'affirme point que le bail partiaire soit une véritable société ; elle dit seulement qu'il se rapproche de ce contrat : *Partiarius colonus quasi societatis jure lucrum et damnum cum domino fundi partitur.*—Il suit de là, que le bail partiaire reste soumis aux règles du louage, (sauf quelques exceptions) malgré l'espèce d'affinité qu'il peut avoir avec la société : spécialement, que la présomption légale de faute, établie en cas d'incendie au profit du propriétaire par l'art. 1733, s'applique au colon partiaire (1).

3e *opinion.* Le bail à colonage partiaire est un contrat *mixte ;* il participe du louage et du contrat de société (1768) : *Du louage*, puisque le colon occupe et exploite seul les lieux, moyennant une redevance qui consiste en une partie des produits du fonds : — *De la société*, puisque le colon partage les fruits avec le propriétaire ; puisqu'il ne peut vendre les bestiaux, sans le consentement de celui-ci ; puisqu'il apporte son industrie, de même que le propriétaire, de son côté, met en commun la jouissance de ses terres.

Cette interprétation, admise par Marcadé (art. 1765) et consacrée par les Cours de Nîmes et de Limoges (2), nous semble la seule vraie. — On lit ce qui suit dans l'exposé des motifs par M. Galli : « *Le bail* partiaire forme une *espèce de société*, où le propriétaire donne le fonds et le colon la semence et la culture, chacun hasardant la portion que cette société lui donnait aux fruits » (Fenet t. 14 p. 317). — Donc, le législateur reconnait dans le bail partiaire, mélange des deux contrats.

Par application du principe que le bail à colonage participe du contrat de société, l'art. 1763 porte, que celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer, ni céder son bail, à moins que cette faculté ne lui ait été expressément accordée par le contrat ; consacrant ainsi, pour ce cas spécial, une exception à la règle de l'art. 1717, lequel reconnait au preneur cette faculté : le législateur présume, qu'en traitant de cette manière, le bailleur a pris en considération les connaissances agricoles et la probité du preneur. — Sous ce rapport, l'art. 1763 est en parfaite harmonie avec l'art. 1861, lequel porte, qu'un associé ne peut, sans

(1) Duvergier, Louage, t. 1 n. 99, t. 2 n. 87. Nîmes 14 août 1850. D. p. 51, 2, 144.

(2) Rolland v°, bail Partiaire n° 8, Zach. t. 3 p. 33, Limoges, 26 août 1848. D. p. 49, 2, 173. Nîmes, 14 août 1850. D. p. 51, 2, 144.

le consentement de son coassocié, introduire une tierce personne dans la société. — Il est bien entendu, que le seul fait de cession ou de sous-location consentie par le colon partiaire, n'entraîne pas nécessairement la résiliation du bail : nul doute que la demande en résiliation serait rejetée, si le colon avait expulsé le sous-locataire ou le cessionnaire, avant qu'elle ne fût formée, ou même, si la demande étant déjà formée, il offrait de faire cesser le sous-bail ou la cession; surtout si aucun dommage n'avait été causé (1). Pourquoi userait-on, envers le colon partiaire, d'une sévérité qu'on épargne dans le même cas au preneur ordinaire lorsque la faculté de céder ou de sous-louer lui a été interdite (*voyez* p. 30).

D'un autre côté, puisque le bail à colonage participe, sous un grand nombre de rapports, de la nature du bail à ferme, il faut admettre entre autres conséquences, que le propriétaire jouit pour les avances qu'il a faites au preneur, du privilége que l'art. 2102 accorde au bailleur sur les fruits de la dernière récolte. — La question de savoir si le propriétaire a un privilége sur les meubles et les récoltes de son colon, a pu faire difficulté ; mais toute espèce de doute à cet égard nous paraît levé par la loi du 25 mai 1838 : en déterminant la compétence du juge qui doit connaître de la demande en validité de la saisie-gagerie, pratiquée au préjudice du colon partiaire par le propriétaire, cette loi reconnaît par cela même forcément l'existence du privilége de ce dernier : si le droit n'eût pas existé, le législateur n'eût pas songé à en régler l'exercice.

— La défense légale de céder ou de sous-louer, entraîne-t-elle comme conséquence, la résiliation par la mort du preneur, à défaut de convention contraire (1861, 1868, 1890)? ~ Pour l'affirmative, on dit que le colon partiaire est *instar socii* (1855); que son industrie et ses qualités personnelles ont été pour le bailleur une raison déterminante; — on répond enfin à l'argument tiré de l'art. 1742, que cet article n'a pas été fait pour le bail partiaire; mais pour le louage pur et simple (2). ~ Nous n'irons pas aussi loin : la défense légale de céder un bail ou de sous-louer, n'entraîne point, dans notre opinion, la résiliation par décès du preneur; car le danger de voir passer les terres entre les mains des héritiers de ce dernier, est loin d'avoir la même gravité pour le bailleur, que celui auquel il se trouverait exposé, si le preneur pouvait céder ses droits à qui bon lui semblerait. — Si l'on admettait la théorie que nous combattons, il faudrait décider, pour être conséquent, que la clause par laquelle le locateur interdit à son locataire de céder ou de sous-louer, donne lieu à la résiliation par le décès de ce locataire : or, nul n'oserait aller jusque là. — Argumenterait-on de l'art. 1865, lequel porte, que la société finit par la mort de l'un des associés : mais alors, il faudrait décider que le bail se résout non-seulement par la mort du preneur ; mais encore par celle du bailleur; résultat inadmissible. — concluons de là, qu'il n'existe point d'analogie parfaite entre le bail partiaire et la société simple. — On répond à cette objection, il est vrai, que le preneur n'a pas été porté à se charger de l'exploitation par des considérations tirées de la personne du bailleur; qu'il a uni-

(1) Duvergier, n. 90. *Voy.* cep. Delv. p. 203, t. 3, et Zach. § 371 n. 12. Besançon, 8 juin 1854. D. p. 55, 2, 255.

(2) Delv. p. 105 n. 6. Troplong, n. 646.

quement considéré les avantages matériels, que la culture pourra lui procurer; que la mort du bailleur ne change rien à ses combinaisons : tandis que la réciprocité n'a pas lieu, quand c'est le preneur qui décède; car la société perd alors son principal agent : cette observation même, démontre que le bail à colonage n'est pas une véritable société et que dès-lors, il n'y a point de raison pour dissoudre le contrat par la mort du preneur, quand ses successeurs présentent des garanties de bonne administration. — L'art. 1764 présente au bailleur une ressource suffisante; il ne faut point aller au-delà. — Remarquons toute l'économie de la loi. Après avoir posé en principe (1742) que le contrat de louage n'est point résolu par la mort du preneur, elle établit une exception pour le louage d'ouvrage (1795) ; mais on ne trouve aucun texte analogue pour le bail partiaire : donc la règle générale conserve son empire. — D'ailleurs, les mêmes raisons de décider ne se présentent pas : l'aptitude spéciale de la personne, a dû nécessairement avoir une plus grande influence sur la détermination du maître, dans le louage d'ouvrage, que lorsqu'il s'agit de cultiver un champ, ou de soigner une vigne : — le colon partiaire, ainsi que le fermier, a pour auxiliaire ses enfants; ils exploitent le fonds avec lui; le propriétaire n'a pu l'ignorer; il est même censé avoir compté sur leur concours (1). — Au résumé, quand il a été convenu que le bail sera résolu par la mort du colon, les représentants de ce colon ou métayer n'ont que le droit d'achever l'année dans laquelle est arrivé son décès; s'il y a des travaux de faits pour l'année suivante, le propriétaire leur en paye la valeur. — Lorsque cette clause n'existe pas, le bailleur ne peut empêcher les représentants de continuer la culture pendant le temps convenu.

Le droit de chasse peut-il être considéré comme un accessoire du fonds affermé, en sorte que ce droit appartienne au fermier, sans qu'il soit besoin qu'aucune clause de son bail le lui ait expressément attribué? ~~ A quel titre, dit Duvergier (t. 1er nº 73), le droit de chasse appartiendrait-il au propriétaire foncier? Ce n'est plus aujourd'hui comme privilége, comme prérogative honorifique : on ne doit y voir qu'une conséquence du droit d'aller et de venir sur le fonds; d'empêcher les étrangers d'y pénétrer ; de percevoir les fruits de la terre et de défendre les récoltes contre toutes les causes de dégradations : lors donc que le contrat de louage a transporté au fermier précisément toutes ces facultés qui sont, comme on le voit, la base du droit de chasse, il faut bien reconnaître que ce droit lui a été aussi transmis; à moins qu'une clause expresse, ou l'ensemble de la convention n'exprime une intention différente (2). ~~ Dur, (nº 286, t. 4), pense que le propriétaire et le fermier ont le droit de chasse concurremment. ~~ Troplong (Louage nº 161), combat avec force l'une et l'autre opinion : il établit que la chasse n'est pas un fruit du fonds (ff. l. 26 *de usuris*) ou qu'elle n'est un fruit qu'autant que le fonds est destiné à la chasse et que la chasse en est le revenu principal : si le propriétaire ne retire pas de la chasse un produit annuel régulier, s'il ne chasse que quand il lui convient, la chasse, dit-il, n'est plus un fruit; c'est un plaisir mis en réserve par lui; un simple droit voluptuaire. — L'opinion soutenue par Troplong, nous paraît d'autant mieux fondée, qu'elle peut

(1) Duvergier, n. 91. Zach. t. 3 p. 203. Marcadé, art. 1763. Rolland, vº Bail partiaire n. 8. Limoges, 8 mars 1842. Dev. 1842, 2, 522. Pal. 43, 1, 319. D. p. 43, 2, 12. 2 juin 1856. D. p. 57. 2, 26.—Dur. n. 178 t. 17, adopte le même système ; mais il ajoute : « Toutefois, si les enfants sont des mineurs, ils obtiennent eux-mêmes facilement, *humanitatis causâ*, la résiliation du bail sans même devoir pour cela des dommages-intérêts, ce qui est conforme à l'opinion de Coquille, Quest. 206. » — Troplong, n. 645 et suiv., et Delv. p. 203 t. 3, appliquent ici les règles des art. 1865 et 1795 : ils sont conséquents dans leur système; mais ce système est erroné, ainsi que nous croyons l'avoir démontré.

(2) *Voy.*, dans le même sens, Toullier, t. 6 p. 228.

s'appuyer sur des textes: dans le droit ancien (règlements de 1601 et 1607 et ordonnances de 1669), les princes et la noblesse jouissaient seuls du droit de chasse: ce droit était réputé dépendre de la souveraineté ; il ne s'obtenait que par inféodation ou par concession ; on le considérait comme un exercice noble, permis aux grands, uniquement pour leur plaisir, non susceptible d'être affermé (règlement du conseil d'État du 3 octobre 1722).— Sous notre ancienne législation, le droit de chasse ne faisait donc point partie de la jouissance : il était inhérent à la propriété de la terre ; le souverain en était le maître et le dispensateur : puisqu'on ne pouvait affermer ce droit, il est clair que le gibier n'était point regardé comme fruit ou revenu de la ferme.— Les anciens principes ont été modifiés il est vrai par les décrets des 4, 5, 7, 8 et 11 août 1790, et par la loi du 22 avril 1790 ; mais le droit de chasse n'a pas pour cela changer de nature : aujourd'hui, comme autrefois, il n'est encore qu'un exercice de plaisir : jadis ce plaisir était l'apanage des princes et de la noblesse; aujourd'hui, il est celui des propriétaires (715 C. civ). — Le fermier tient seulement de la loi, le droit de détruire les animaux nuisibles (Art. 14 et 15 de la loi du 28, 30 avril 1790) (1) et d'exiger une indemnité, dans tous les cas où l'exercice du droit de chasse, même de la part du propriétaire, lui a causé quelque dommage, (art. 1er et 8 de la loi de 1790) : mais ces deux droits n'ont rien de commun avec le droit de chasse (2).

Que doit-on décider à l'égard du droit de pêche ? — Appliquez les règles que nous venons d'établir sur le droit de chasse: — si la pêche est considérée comme un revenu, ce qui a lieu quand la propriété comprend des étangs, le fermier jouit de ce droit : si elle ne constitue pas un accessoire de la chose louée, c'est-à-dire, un fruit du fonds affermé, le propriétaire n'est pas censé en avoir fait concession (3). — Duvergier (n° 75, t. 1er), accorde au fermier d'un héritage riverain, le droit dont il s'agit, en compensation du dommage que peut lui ocasionner le voisinage des eaux : mais ces petits dégats, répond avec raison Troplong (n° 164), sont ordinairement calculés d'avance dans la fixation du canon. D'ailleurs ils se compensent avec les bénéfices que la culture retire de l'irrigation dans d'autres années.

Si le fermier n'a pas le droit de chasser, peut-il du moins empêcher tout autre que le propriétaire de chasser sur le terrain affermé et demander l'application des peines prononcées par la loi ? — Non: il n'a qu'une action civile pour le dommage causé à ses récoltes par les chasseurs : comment pourrait-il entraver l'exercice d'un droit qui lui est refusé (4) ?

1764 — En cas de contravention, le propriétaire a droit de rentrer en jouissance, et le preneur est condamné aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution du bail.

= Ainsi, non-seulement, les contraventions à la prohibition prononcée par l'article précédent, entrainent la résiliation du bail; mais encore, elles peuvent donner lieu contre le preneur à des dommages-intérêts envers le bailleur.

(1) Voyez en outre l'article du 19 pluviose an 5, et la loi du 3 mai 1844.

(2) Troplong, Louage, n. 161 et suiv. Marcadé, art. 1720. Merlin, quest., v° Chasse, § 3. Favard, Rép., v° Chasse, § 15. Proudhon, Dom. privé n. 382 t. 3. Toullier, t. 4 n. 19 et suiv. Zach. p. 7 t. 3. Paris, 19 mars 1812. Angers, 20 janvier 1836. Dev. 1838, 2, 269. Cass. 12 juin 1828, 9 août 1836. Dev. 1836, 1, 844. Paris, 19 mars 1812. Cass. 4 juillet 1845. Dev. 1845, 1, 774. Pal. 1845, 2, 297. Grenoble, 19 mars 1846. Dev. 1846, 2, 468. Paris, 17 août 1846. Pal. 1846, 2, 504 et 506. — La cour d'Angers avait jugé le contraire par arrêt du 14 août 1826.; mais elle est revenue sur sa jurisprudence.

(3) Marcadé, art. 720.

(4) Angers 14 août 1826. *Voy.* cep. Duvergier, n. 74.

1765 — Si, dans un bail à ferme, on donne aux fonds une contenance moindre ou plus grande que celle qu'ils ont réellement, il n'y a lieu à augmentation ou diminution de prix pour le fermier, que dans les cas et suivant les règles exprimées au titre de la vente.

= Nous avons vu, que le bailleur est tenu, comme le vendeur, de livrer la chose louée : cette délivrance ne donne lieu, en général, à aucune difficulté, lorsqu'il s'agit de baux à loyer ; mais à l'égard des baux à ferme, elle peut faire naître sur la contenance du fonds, les mêmes contestations que la vente : pour résoudre ces difficultés, la loi renvoie aux règles exposées au titre de la vente, (art. 1617 à 1624).

Toutefois, une difficulté se présente ici : notre texte prévoit les cas où la contenance est moindre ou plus grande que celle déclarée au contrat, et il n'accorde qu'une diminution ou une augmentation de prix : doit-on conclure de là, que le fermier ne peut demander la résiliation, bien que l'excédant de mesure soit d'un 20e; que l'art. 1765 s'écarte, sous ce dernier point de vue, des art. 1618 et 1620? Ce serait méconnaître la pensée du législateur : son but a été, d'appliquer au louage les règles des art. 1617 à 1624; seulement, afin d'éviter de fastidieuses répétitions, il s'est borné à renvoyer aux règles exprimées au titre de la vente : certes, s'il eut entendu refuser au fermier le bénéfice du désistement, dans le cas où il est accordé à l'acheteur, on doit raisonnablement croire qu'il s'en serait expliqué par un texte formel. — D'ailleurs, il y a même raison de décider pour le fermier et pour l'acheteur : l'un et l'autre ont intérêt à ne pas payer le prix d'une chose qui ne leur est pas livrée et à rompre des engagements qui dépassent leurs prévisions (1).

Ce principe établi, nous admettrons les règles suivantes :

Si le bail a pour objet un certain nombre de mesures à prendre dans tel domaine, à raison de tant la mesure, sans indication de contenance (1617), il ne peut être question ni d'augmentation, ni de diminution du prix du bail, puisque ce prix n'est pas déterminé.

Si la contenance de l'héritage et le prix total sont déterminés, le déficit et l'excédant donnent lieu à la diminution ou à l'augmentation du prix (1617), encore bien que le bail ait été fait à raison de tant la mesure. La différence d'un 20e en plus, peut même donner lieu à résiliation (1618).— Selon nous, le même droit appartient au fermier, lorsque la différence est en moins, s'il établit que le *déficit* rend le terrain impropre à l'usage pour lequel il a été loué; que la considération de la contenance a été pour lui une raison déterminante (*voyez* art. 1617) (2).

(1) Troplong, n. 642 et 655. Duvergier, n. 134. Dalloz, n. 738.

(2) Duvergier, n. 266, t. 1; n. 137 t. 2. Marcadé. art. 1617 et 1765. Dur. t, 16 n. 223. *Voy.* cep. Troplong, n. 654 Louage et 336 t. 1, Vente.

Lorsque les baux ne sont pas faits à raison de tant la mesure, mais avec indication de contenance, l'excédant ou le déficit ne donne lieu à l'augmentation ou à la diminution du prix, qu'autant que la différence en plus ou en moins est d'un 20e. — Rappelons-nous, que le calcul n'a pas lieu, comme dans l'hypothèse précédente, sur le nombre effectif de mesures; mais sur la différence que l'excédant ou le déficit doit opérer dans le *prix* porté au contrat. — Il importe peu que l'indication de contenance précède la désignation de l'objet, ou que l'objet soit désigné avant l'indication de la contenance; que le bail ait pour objet un seul héritage, ou plusieurs héritages distincts et séparés affermés pour un prix unique (1619).

Dans le cas où il y a lieu, suivant la disposition qui précède, à augmentation de prix pour excédant de mesure, le fermier a le choix ou de se désister du contrat, ou de fournir le supplément de prix, et ce avec les intérêts, s'il a gardé l'immeuble (1620).

Dans tous les cas où le fermier a le droit de se désister du contrat, le bailleur est tenu de lui restituer outre le prix, s'il l'a reçu, les frais de ce contrat (1621).

Lorsque plusieurs fonds ont été affermés par le même contrat, moyennant un seul prix, si la mesure de chaque fonds ayant été désignée, il se trouve plus de contenance en l'un et moins dans l'autre, on calcule ce que vaut l'excédant ou le déficit de chaque fonds; on compare les sommes, et l'on compense l'une avec l'autre: cette compensation faite, si la différence est d'un 20e en plus ou en moins, eu égard au prix total du bail, il y a lieu d'augmenter ou de réduire ce prix (1619).

L'action soit en supplément, soit en diminution du prix des fermages et celle en résiliation du contrat, se prescrivent par un an (1622) (1). — Le délai court à compter du jour du contrat, et si une époque a été fixée pour le mesurage, à partir de cette époque (1622).

Telle est, en résumé, l'influence de l'excédant ou du déficit de contenance, sur le bail à ferme.

Obligations imposées au fermier. — Sanction.

1766 — Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne la culture, s'il ne cultive pas en bon père de famille, s'il emploie la chose louée à un

(1) Duvergier, n. 135. Troplong, n. 658. Zach. p. 29. Merlin, Rep. v° Bail, § 9. Dall. n. 739. — Suivant Dur., n. 180, l'action peut être formée valablement pendant 30 années. « La loi, dit cet auteur, ne renvoie au titre de la Vente que relativement à l'augmentation ou à la diminution du prix; elle garde le silence sur la durée de l'action; — mais évidemment, c'est là s'attacher trop littéralement aux termes du texte : ce que l'art. 1765 accorde aux parties, ce n'est pas seulement le droit à l'augmentation ou à la diminution, considérée d'une manière abstraite; c'est le droit, accompagné de ses moyens d'exécution, tel qu'il est réglé par les art. 1617 et suiv.

autre usage, que celui auquel elle a été destinée, ou, en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail.

En cas de résiliation provenant du fait du preneur, celui-ci est tenu des dommages et intérêts, ainsi qu'il est dit en l'art. 1764.

= La loi fait ici l'application des principes établis par les art. 1728, 1729, 1741 et 1184.

Le fermier est soumis aux obligations suivantes : il doit 1° garnir la ferme des bestiaux et des ustensiles nécessaires à l'exploitation, — 2° entretenir la culture, — 3° cultiver en bon père de famille, — 4° conserver à la chose sa destination (1766), — 5° engranger dans les lieux à ce destinés, — 6° avertir le propriétaire des usurpations commises sur le fonds (1768), — 7° exécuter les clauses du bail, — 8° faire les réparations locatives : — ajoutons à ces obligations, celle de payer le prix du bail et celle de faire les réparations locatives.

L'obligation de garnir l'héritage rural des bestiaux et ustensiles nécessaires à son exploitation, n'est pas seulement considérée comme moyen d'assurer au bailleur le paiement des fermages; mais encore, comme garantie de bonne culture : — d'où nous concluons, que le bailleur serait fondé à se plaindre, sous ce dernier rapport, si les bestiaux et ustensiles étaient insuffisants pour les besoins de la ferme; quand même ils suffiraient pour garantir le paiement des fermages (1).

La loi défend au preneur d'abandonner la culture; car les terres qu'on néglige de cultiver pendant un certain temps se détériorent.

L'obligation de cultiver en bon père de famille, n'est que l'application faite aux baux à ferme, du principe établi par l'art. 1728, 1er alinéa.

La défense faite au fermier, d'employer la chose à un usage autre que celui auquel elle a été destinée, est une application de la même règle : ainsi, le fermier ne pourrait convertir en vigne une terre labourable; arracher une vigne pour y semer du blé, ou détruire des étangs. — Mais, rien ne l'empêche de modifier le genre de culture; par ex., de faire venir du colza dans des terres qui jusqu'alors avaient été ensemencées en blés, et bien moins encore, de mettre en valeur des terrains que ses prédécesseurs avaient laissés en friche : La loi voit avec faveur tous les travaux qui peuvent, sans nuire au propriétaire, développer l'agriculture (2).

Les clauses du bail peuvent varier à l'infini; c'est au juge à les apprécier : il est impossible d'entrer dans le détail des hypothèses.

(1) Duvergier, n. 100. Troplong, n. 660.
(2) Pothier, Louage, n. 279. Duvergier, n. 102.

Le fermier est tenu, comme le locataire, de faire les réparations *locatives :* mais la loi détermine ces réparations, quand il s'agit des baux à loyer ; tandis qu'elle garde un silence absolu sur ce point, dans le chapitre des baux à ferme : — quelques auteurs, entr'autres Duvergier (n° 106), considère ce silence comme intentionnel : suivant lui, le législateur a considéré ces réparations comme des travaux de culture. — D'autres et c'est le plus grand nombre, l'attribuent à un oubli : nous partageons leur avis. — A défaut de règles légales, il faut nécessairement appliquer les usages locaux (1).

Enfin, le fermier doit restituer le fonds dans l'état où il l'a reçu.

Si le preneur commet des abus de jouissance, et généralement, s'il ne remplit pas ses engagements, la résiliation avec dommages-intérêts peut être prononcée contre lui : toutefois, il semble résulter des termes de l'art. 1766, que l'inexécution de telle ou telle clause du bail ne donne lieu à résolution, qu'autant qu'elle occasionne un tort grave au bailleur, et que le juge doit se borner à prononcer des dommages-intérêts, lorsque le préjudice est d'une faible importance.

1767 — Tout preneur de bien rural est tenu d'engranger dans les lieux à ce destinés, d'après le bail.

= Le bailleur a un privilége pour le payement des fermages, sur les fruits de la récolte de l'année (2102) : il lui importe, dès lors, que le preneur ne puisse, en détournant ces fruits, les soustraire à l'exercice de ce privilége.

1768 — Le preneur d'un bien rural est tenu, sous peine de tous dépens, dommages et intérêts, d'avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur le fonds.

Cet avertissement doit être donné dans le même délai que celui qui est réglé, en cas d'assignation suivant la distance des lieux.

= Placé sur les lieux, le preneur contracte l'obligation de veiller à la conservation de la chose : il est donc tenu, sous peine de dommages-intérêts, d'avertir le propriétaire des usurpations commises sur le fonds, et de tous les faits qui peuvent, en troublant sa jouissance, porter atteinte aux droits du bailleur (*voyez* art. 614, 1726 et 1727. C. civ).

Le fermier doit s'empresser de donner cet avertissement ; car le délai pour la prescription annale court du jour du trouble (2).

(1) *Voy.* Dalloz, n. 767 et suiv. Ruelle, Manuel du propriétaire, n. 546. Pothier, Louage, n. 224. Duvergier, n. 106.

(2) Duvergier, n. 115. Cass. 12 octobre 1814.

L'avertissement peut résulter, non-seulement d'un acte d'huissier; mais encore d'une déclaration verbale, puisque la loi ne détermine point de forme spéciale. — Toutefois, le fermier doit prendre ses mesures, pour être à même d'établir au besoin qu'il a rempli, sous ce rapport, les obligations que lui imposait la loi.

Le fermier ne peut mettre sa responsabilité complétement à couvert, qu'en donnant l'avertissement dans le délai fixé pour les assignations, eu égard à la distance qui sépare le fonds rural, du domicile du propriétaire (*voyez* les art. 72, 78, 1033, Pr., 614, 1726. C. civil).

Il est bien entendu, que le défaut d'avertissement dans le délai déterminé, ne donne lieu à des dommages-intérêts contre le preneur, qu'autant qu'il en est résulté un préjudice pour le bailleur.

L'art. 1768 ne parle que des usurpations; c'est-à-dire, des envahissements matériels: mais il n'est pas douteux, que le fermier serait tenu, sous les mêmes peines, de faire connaître au propriétaire toutes prétentions que des tiers manifesteraient, soit par des faits, soit par des actes judiciaires ou extrajudiciaires, à la propriété de tout ou partie du fonds : on donne pour ex., la résistance opposée par un voisin à l'exercice d'une servitude active appartenant à l'immeuble loué ; une dénonciation de propriété, signifiée au fermier, avec défense de payer ses fermages en d'autres mains que celles du dénonçant : le fermier, ne l'oublions pas, ne représente pas le bailleur; il n'est que simple détenteur; par conséquent, il n'a pas qualité pour défendre à une action : en nommant celui pour lequel il possède, il doit être mis hors de cause, à moins qu'il ne préfère y rester pour la conservation de ses droits (*voyez* art. 1727). (1)

Le trouble de droit commence du jour où le fermier a reçu la notification de la demande.

La disposition de l'art. 1768 n'est pas restreinte au cas où il s'agit d'un bien rural : elle s'applique même aux fonds urbains. — La loi ne parle que des fonds ruraux, parce que les usurpations sont bien plus faciles sur ces sortes de fonds que sur les autres (Delv., p. 99, n. 1).

1769 — Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes.

S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne

(1) Duvergier, n. 114. Troplong, n. 690. Cass. 12 octobre 1814.

peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance.

Et cependant le juge peut provisoirement dispenser le preneur de payer une partie du prix, en raison de la perte soufferte.

= Le bailleur est tenu de procurer au preneur une jouissance continue et effective de la chose; en d'autres termes, il doit garantir non-seulement le droit abstrait de percevoir les fruits; mais encore, dans une certaine mesure, la possibilité physique, matérielle, d'opérer cette perception.

« Deux principes ont ici servi de guide, a dit le tribun Mouricault, dans son rapport au Tribunat : le premier, que le contrat de louage s'analyse en une espèce de contrat de vente de fruits futurs, laquelle ne se réalise qu'autant que des fruits viennent à naître et à former la matière du contrat; le second, que cette vente n'est pas celle particulière aux fruits de chaque année du bail; mais celle de la masse des fruits de toutes les années qu'il embrasse. »

Dans son discours au Corps législatif, M. Joubert exprimait en ces termes la même pensée : « Le bail à ferme est un contrat commutatif : la chose pour le prix; les fruits doivent donc être l'équivalent du prix de ferme. — Ainsi, il est de l'essence de ce contrat, que le fermier soit dispensé de payer le prix, si un cas fortuit le prive de toute la récolte ou de la majeure partie : c'est aussi l'intérêt de l'agriculture (Fenet.. p. 346 et 354). »

Pothier (no 144 et 153), faisait dériver de la même source le droit accordé au fermier, d'exiger une diminution sur le prix, en cas de perte d'une partie de la récolte par l'effet d'une force majeure.

Ces citations suffiront pour établir que l'action conférée au fermier par l'art. 1769, dérive de la *nature* de ce contrat; qu'elle a pour base le principe que le preneur, empêché de jouir, cesse d'être tenu du prix (1); en un mot, que l'art. 1769 est un corollaire de l'art. 1722.

(1) Troplong, n. 695 et suiv. Dur. n. 190. Marcadé, art. 1771. Zach. p. 30.

Duvergier, n. 149 et suiv., ne voit dans les art. 1769 et 1770, que des exceptions fondées sur la faveur qu'inspire le malheur du fermier; des dérogations à la nature du bail. Le bailleur, dit-il, est bien garant de la libre possession et jouissance du fonds lui-même, et c'est pour cela, que si minime que soit la portion de ce fonds qui viendrait à être enlevée au fermier, celui-ci aurait droit à une indemnité; mais il n'est point garant de la quotité des fruits. Il y a toujours, du côté du fermier, une chance, quelque chose d'aléatoire, et la preuve résulte du texte même qui nous occupe : en effet, si la garantie était due en principe, toute privation de récolte, quelque faible qu'elle fût, donnerait lieu à une indemnité au profit du preneur; or, la loi ne l'admet à demander une remise partielle du fermage, qu'autant que la perte est de moitié de la récolte. — On répond, que le bai n'a pas pour objet une certaine étendue de terrain improductif, comme un terrain frugifère; que les récoltes attendues formant dès lors une partie intégrante de la chose louée, le fermier est fondé à exiger une indemnité lorsqu'il en est privé par un événement de force majeure. Toutefois, comme le fermier profite des récoltes abondantes, il a paru juste de laisser à sa charge le préjudice des récoltes faibles, et de ne lui accorder

Le concours de plusieurs conditions est exigé, pour que le preneur puisse obtenir la remise d'une partie du prix ; il faut :

1° Que la perte résulte d'un cas fortuit (ordinaire ou extraordinaire,) pourvu qu'il ne soit point imputable au preneur (1772 et 1773).

2° Que la perte soit arrivée, les fruits étant encore sur pied (1771). Les fruits recueillis cessent, par leur séparation du sol, de faire partie du fonds et deviennent exclusivement la chose du fermier ; dès lors, ils ne peuvent périr que pour lui : ainsi, la garantie dont le bailleur est tenu, ne porte que sur les récoltes non encore perçues.

3° Que le dommage ait été considérable : la loi exige qu'il corresponde, sinon à la totalité, du moins à la moitié *d'une récolte* (ce qui doit s'entendre d'une récolte ordinaire, d'une année commune); soit que le prix consiste en une quantité de fruits; soit qu'il consiste en numéraire (Dur., n° 198).

Pour établir ce terme de comparaison, il faut prendre une moyenne sur les récoltes de plusieurs années, en tenant compte des pertes causées par les cas fortuits ordinaires (*voyez* art. 1773), événements, nous le supposons, qui se reproduisent à des époques assez rapprochées; que le fermier a pu prévoir comme probables, et qui ont été nécessairement appréciés pour la fixation du prix (1).

Quelques auteurs veulent que l'on procède sur dix années; d'autres sur douze; quelques-uns sur vingt; M. Gasparin ne parle que de trois : cette dernière opinion nous paraît devoir être admise : Comment, en effet, déterminer avec certitude l'importance d'une récolte qui remonte à dix années et plus?

Si les parties ne s'accordent pas sur cette base, il est facile au juge de s'éclairer au moyen d'une enquête ou d'une expertise.

On admet généralement, que la quantité de fruits doit seule être prise en considération pour fixer la perte éprouvée par le bailleur, et qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard à la valeur vénale de ce qui reste : ainsi, le fermier peut prétendre à une remise du prix de ses fermages, si la perte est de moitié, bien que la vente de ce qui restait lui ait procuré un bénéfice égal à celui qu'il pouvait faire dans une année ordinaire ; — et *vice versa*, il est non-recevable à se plaindre, lorsque la quantité a dépassé la moitié d'une année commune, bien que le bas prix des denrées ne lui ait procuré que de faibles bénéfices.

Troplong, (n° 717), est le seul auteur qui s'élève contre ce système: suivant lui, pour apprécier la quotité de la perte éprouvée par le

d'indemnité que dans le cas de perte considérable. — Telle est, en définitive, toute l'économie de notre article : on voit qu'il ne s'agit point ici d'une mesure exceptionnelle; que l'art. 1769 s'explique par les règles ordinaires et naturelles du louage.

(1) Dur. n. 192. Duvergier, n. 154 et 184. Zach. t. 3 p. 30, et 31. Troplong, n. 716.

bailleur, il faut prendre pour base de l'évaluation, la valeur vénale des fruits qui n'ont pas péri ; les mots *récoltes enlevées, perte des fruits*, employés dans les art. 1769-1771, n'ont pas l'énergie qu'on leur attribue : l'enlèvement des fruits et la perte des récoltes forment bien un des éléments qui servent à calculer le dommage ; mais le fait de stérilité étant établi, il faut que le fermier prouve qu'il est lésé ; or, comment apprécier la lésion, si l'on met le prix à l'écart ? L'art. 1769 parle d'une indemnité ; comment peut-il y avoir lieu à indemnité si le haut prix des récoltes existantes rend le fermier indemne. « Quoi ! la loi voudrait que le fermier obtint une diminution proportionnelle sur le prix, lorsque par les gains qu'il a faits, il n'a éprouvé aucune lésion dans ce même prix ! »

Nous persistons néanmoins dans notre opinion : les expressions *récoltes enlevées, perte des fruits*, démontrent suffisamment que le déficit sur la quantité peut seul donner ouverture au droit du fermier, et que l'intention du législateur a été de ne tenir aucun compte des prix. — D'ailleurs, le but qu'on se propose, celui d'indemniser le preneur, ne serait atteint qu'imparfaitement, si l'on avait égard à la valeur vénale des récoltes : en effet, d'une part, le preneur a pu vendre à bas prix pour avoir conservé trop longtemps les fruits ; d'autre part, la conservation des fruits a pu lui donner un bénéfice : or, comment constater ces faits ? Dira-t-on qu'il faut recourir aux mercuriales ? Mais il peut arriver que les denrées n'aient pas été vendues à ce taux : le prix des denrées produites par le fonds, ne pouvait donc servir de base pour la fixation de l'indemnité.

Remarquez les termes de la loi : pour que le fermier soit fondé à réclamer, elle n'exige pas que la perte soit *de plus* de moitié : il suffit qu'elle soit de *moitié*.

Ainsi, supposons qu'une closerie produise, année commune, 100 pièces de vin : le preneur n'obtiendra pas de réduction s'il en a obtenu 51. — Au contraire, il sera recevable, s'il n'en a retiré que 50. Une faible différence peut, comme on le voit, changer totalement sa position (1).

Ce résultat paraît bien rigoureux au premier abord : mais le législateur ne pouvait s'arrêter à des calculs, sans laisser un libre cours à l'arbitraire : Souvent il se trouve, par la force des choses, dans la nécessité d'adopter des règles qui semblent contraires à la saine logique. — L'art. 1674 notamment, a la plus grande analogie avec celui qui nous occupe : aux termes de cet article, le vendeur lésé de plus des 7/12 est fondé à demander la rescision de la vente : si la lésion n'atteint pas cette fraction, il ne peut prétendre même à une indemnité.

(1) Zach. p. 32. Dur. n. 192 et 206. Duvergier, n. 155 et suiv. Marcadé, art. 1771.

Il est bien entendu, que la remise est accordée au fermier, non-seulement pour ce qui excède la perte de moitié; mais encore pour toute la perte qu'il a éprouvée; par ex., pour les 3/4, s'il est privé de cette quotité (Troplong, nº 721).

Le fermier qui a obtenu une réduction sur ses fermages, peut-il en outre répéter le prix de semences, si c'est lui qui les a fournies? Le texte de l'art. 1722, dont notre article n'est qu'une application, lui refuse implicitement ce droit : en effet, après avoir déclaré que la perte partielle arrivée par cas fortuit, donne lieu, suivant les circonstances, à une diminution de prix ou à la résiliation du bail, il ajoute : *Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement.* — D'ailleurs, à quel titre le fermier se plaindrait-il? S'il cultivait ses propres terres, les semences ne seraient-elles pas perdues pour lui?—Les art. 1769 et 1770 ne prennent qu'une seule base pour déterminer la perte soufferte par le bailleur, à savoir : la quotité de la récolte existante, comparée à celle qui a péri : ils ne parlent point de nouvelle déduction à faire.

Nous irons plus loin : le propriétaire pourrait exiger le remboursement des avances qu'il aurait faites au fermier pour l'ensemencement, même en vertu d'une clause du bail; car la perte totale ou partielle de la récolte ne porte aucune atteinte au contrat : le preneur est déchargé de l'une de ses obligations, par la remise proportionnelle qu'il obtient; mais toutes les autres subsistent.

Duranton (nº 199), combat notre décision en ce qui touche les semences : ce sont là, dit-il, des accessoires de l'immeuble (524); la perte survenue par cas fortuit doit donc retomber sur le propriétaire.—On répond, que l'art. 524 est inapplicable ici : les semences, une fois livrées à la terre cessent d'être des accessoires, et se transforment en fruits; c'est-à-dire, en immeubles par nature : or, le propriétaire a supporté la perte des fruits en subissant une réduction sur le prix du bail; on ne peut donc mettre une deuxième fois cette même perte à sa charge, en le privant des restitutions qui lui sont dues (1).

4° Que la perte soit concentrée dans *une seule année,* ainsi que l'indique suffisamment cette expression, *d'une récolte* : il ne suffirait donc pas, qu'en faisant la balance à la fin du bail, le preneur établit une perte correspondante à la moitié d'une récolte sur toutes les années de jouissance. — Par ex., soit un bail de 9 années; si le fermier a perdu un quart de récolte pendant les trois dernières années, il ne pourra exiger d'indemnité sous prétexte qu'il aura perdu les 3/4 d'une récolte; la loi ne lui accorde d'indemnité, nous le répétons, qu'autant que le déficit tombe sur une seule année.

Ces mots : *récoltes enlevées,* ne doivent pas être entendus en ce sens, que le fermier ne puisse prétendre à une indemnité, que dans

(1) Duvergier, n. 162. Troplong, n. 723.

les cas seulement où les fruits sont parvenus à leur maturité : ils comprennent aussi les événements qui les ont empêchés de naître, ou qui ont causé la perte des arbres destinés à les produire.

Il n'est pas nécessaire que ces accidents soient du nombre de ceux que l'on considère comme extraordinaires; tels qu'une inondation, les ravages de la guerre, les tremblements de terre, les excavations : des accidents ordinaires, tels que la gelée, la coulure ou la grêle, la trop grande humidité, la violence des vents, suffiraient pour motiver cette demande (Dur., n. 193; *voy.* cep. Pothier, n. 163).

Par la même raison, le fermier de terres voisines d'une rivière sujette à des débordements, peut obtenir une indemnité, à raison de la perte d'une récolte, bien qu'il ait pu connaître, à l'époque du bail, le danger auquel il s'exposait (Dur., n. 194; *voy.* cep. Delv., p. 106, n. 1).

En un mot, quelle que soit la cause de stérilité, le fermier peut prétendre à une remise, s'il est privé de la moitié au moins d'une récolte, pourvu qu'il ne soit pas en faute et qu'il n'ait pas d'ailleurs pris sur lui les cas fortuits.

Lorsqu'une ferme composée d'héritages de natures diverses, par ex., de terres, de bois, de prairies ou de terres labourables affectés, soit au même genre de culture, soit à des genres de culture différents, a été louée à une même personne, le preneur peut-il obtenir une remise du prix, quand la récolte de l'un d'eux est détruite en totalité ou en partie par cas fortuit ? Il faut distinguer : si les terres ont été louées pour un même prix, on ne doit pas considérer isolément celle qui a été ravagée : la perte s'estime, eu égard au produit de tous les fonds affermés : ainsi, dans l'espèce, il n'y aura lieu à une remise proportionnelle du prix, qu'autant que le produit du fonds ravagé, égalera la moitié des produits de tous les fonds réunis.

Si la perte a porté sur plusieurs pièces de terres, il faut déterminer d'abord pour quelle quotité chaque nature de produits entre dans le revenu total, et quelle est la perte survenue sur chaque espèce de fruits : on obtient ainsi diverses fractions, qui additionnées font connaître s'il y a déficit d'une demi-récolte.

Ex. Un immeuble produit du blé, du foin et du vin: Le blé forme le 1/4 du revenu total; les prairies 1/8e, et les vignes 5/8e — La perte a été sur le blé de 1/2e; sur le foin de 3/4; sur le vin de 1/5e — On comptera, eu égard à la totalité du prix, un déficit de 1/8 sur le blé; de 3/4 sur le foin et d'un 8e ou 3 32e sur le vin. — Ramenées à un même dénominateur, ces 3 fractions additionnées donneront 11/32e de perte seulement; c'est-à-dire, moins de moitié : La demande tendant à réduction du prix devra donc être rejetée.

Si le déficit ne porte que sur une espèce de récolte, on opère

toujours de la même manière : le fermier ne peut obtenir de réduction, qu'en justifiant de la perte de moitié sur une récolte. (1)

Quid, si les différents fonds compris dans un bail sont affermés pour des prix différents et séparés ? On procède comme si chacun des fonds faisait l'objet d'un bail distinct : ainsi, le fermier pourra demander une indemnité, quoiqu'il ait fait une récolte abondante sur un autre fonds ; sauf, bien entendu, toute stipulation contraire.

Il peut arriver que le fermier ne puisse réclamer d'indemnité de son bailleur, bien qu'il soit obligé d'en donner une : c'est ce qui a lieu en cas de sous-location d'une partie du fonds, lorsque la récolte de cette portion a péri en totalité ou pour moitié : les arrangements faits entre le fermier et un tiers, sont à l'égard du propriétaire : *Res inter alios acta* (2).

5° Il faut qu'il n'ait été indemnisé ni par la surabondance des années précédentes, ni par celles des années suivantes : ainsi, toutes les années de jouissance sont solidaires. Le législateur a considéré, qu'un bail, quelque prolongé qu'il soit, ne forme qu'un seul tout et qu'il faut l'apprécier dans son ensemble.

Cette règle, toute simple qu'elle paraît être au premier abord, présente des difficultés sérieuses :

Comment établir que le fermier, demandeur en réduction du prix, a été indemnisé par les récoltes antérieures ou postérieures à celles qui ont été de moitié au-dessous de la moyenne ?

Le mode le plus simple et le plus régulier est, sans contredit, de faire constater chaque année, par un procès-verbal du juge de paix, du commissaire de police, du maire ou même d'un huissier, dressé contradictoirement, l'importance des récoltes : les parties ne manquent pas d'employer cette voie, lorsqu'une année malheureuse est survenue ; car elles entrevoient la possibilité d'une contestation : mais, jusqu'alors, elles n'ont que rarement la précaution d'y recourir. — Est-ce à dire, qu'à défaut d'un acte, elles n'aient aucun moyen d'établir leurs droits ? Non assurément, puisque la loi ne trace aucune règle à cet égard : il est dans le domaine exclusif du juge, d'apprécier la pertinence des faits dont la preuve est offerte soit par le preneur qui demande une réduction, soit par le vendeur qui prétend repousser cette demande. La preuve peut avoir lieu, par titres, par experts ou par témoins (3) : dans ce dernier cas, un commencement de preuve par écrit n'est pas nécessaire ; car il s'agit d'établir un fait dont aucune des parties n'a pu constater l'exis-

(1) Pothier, Louage n° 157, Duvergier, n. 156 et suiv.

(2) Pothier, n. 157. Dur. n. 196. Troplong, n. 718 et 720. Duvergier, n. 156 et 158.

(3) Duvergier, n. 179. Cass, 4 mai 1831. Dev. 1831, 1, 204. Dall. n. 800. *Voy.* cep. Cass. 25 mai et Rennes 15 mars 1814. Il résulte de ces arrêts, que le fermier ne peut obtenir de remise, qu'autant qu'il a fait constater le dommage lorsqu'il était ostensible et susceptible d'être reconnu : Mais cette jurisprudence est abandonnée. Troplong, n. 810. Dall. n. 810.

tence par un acte. De simples présomptions suffisent même, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (1353). Enfin reste la ressource du serment qui dans tous les cas peut être déféré (1358 et 1366), et celle de l'interrogatoire sur faits et articles (324 Pr.).

Lorsque toutes les récoltes qui ont précédé l'année stérile, ont produit au-dessus de la moyenne des excédants qui, totalisés, suffisent pour couvrir le déficit de cette dernière année, le règlement définitif des intérêts du propriétaire et du fermier s'opère de suite : on ne peut revenir sur ce compte, lors même que les années suivantes présenteraient encore du déficit.

Si les excédants cumulés des récoltes antérieures à l'année stérile ne suffisent pas pour indemniser complétement le fermier, comment doit-on opérer? Suivant Duvergier (n. 171 et 174), il n'y a point lieu de réduire les fermages; voici son système, lorsqu'un héritage doit produire, année commune, 100 hectolitres : « si la prepremière année il en a produit 125 et la seconde 30 seulement, le fermier ne pourra réclamer de réduction, bien qu'il ait pour cette deuxième année, moins de moitié d'une récolte ordinaire ; car les 25 hectolitres d'excédant de la première année, joints aux 30 de la seconde, forment 55 hectolitres; c'est-à-dire, plus de moitié de la récolte ordinaire. »

« Réciproquement, la réduction lui serait due, si la deuxième année, il n'avait récolté que 20 hectolitres, qui joints à l'excédant de 25 sur la première année, donneraient un total de 45 hectolitres, quantité inférieure à la moitié de la récolte ordinaire qui est de 50 hectolitres. »

Ce système conduit à un résultat inique : pourquoi imposer au fermier, en perte de plus de moitié sur une année, l'obligation de se contenter, pour toute indemnité, de l'excédant des récoltes précédentes? Pourquoi le placer dans une position pire que celui qui ne trouve aucune indemnité dans les précédentes années?—N'est-ce pas là d'ailleurs, méconnaître les termes formels du texte? Ces mots : *à moins qu'il ne se soit indemnisé par les récoltes précédentes*, qui se trouvent à la fin du premier alinéa, n'excluent-ils pas toute distinction?

Troplong (n. 733), nous semble avoir saisi le véritable sens de la loi, dans le passage suivant :

« Si les années antérieures n'ont produit que des déficits, ou si les excédants ne suffisent pas pour libérer définitivement le propriétaire par le supplément qu'elles apportent et qu'il faille recourir aux années subséquentes, celles-ci suspendent l'opération; elles forcent à attendre l'événement final dans lequel le propriétaire espère, pour suppléer la perte antérieure. *Sequens annus*, dit Balde, *est suspensivus donec venerit, et tunc, cum venerit supplebit.* »

« Ce caractère suspensif des années à venir, se retrouve dans la

disposition de l'art. 1769, deuxième alinéa, qui rejette à la fin du bail le règlement des indemnités. »

Ainsi on doit procéder, lorsque l'excédant est insuffisant, comme si toutes les années antérieures avaient été mauvaises: le deuxième alinéa de l'art. 1769 règle l'un et l'autre cas; il est ainsi conçu :

« Si le fermier *n'est pas indemnisé*, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps, il se fait une compensation de toutes les années de jouissance (c'est-à-dire antérieures et postérieures à la mauvaise année), et le preneur peut, s'il est en perte, se faire indemniser (1).

Mais dans le cas dont il s'agit, quelle doit être l'importance de la perte pour donner lieu à une indemnité? Duranton, n. 201 (2), décide que le fermier peut exiger une remise proportionnée à la partie de la récolte dont, en définitive, il se trouve avoir été privé, *quelque faible que soit sa perte :* « le fermier, dit-il, s'est trouvé dans le cas prévu par la loi pour obtenir une remise, puisqu'il a éprouvé dans une année la perte de moitié : Si l'on exigeait que cette perte se retrouvât, même à la fin du bail, le plus léger excédant de récolte suffirait pour priver de toute remise le fermier qui aurait perdu en une année plus de la moitié d'une récolte; et telle n'a pas été la pensée des rédacteurs du Code. »

Quoi qu'il en soit, on admet généralement, que si la réunion de toutes les années ne donne pas une perte de moitié, le fermier ne peut prétendre à une indemnité : la perte est alors tolérable aux yeux de la loi.

Cette décision nous semble en harmonie parfaite avec le texte de l'art. 1769 : nous voyons, en effet, qu'il repousse, en renvoyant le règlement du compte à la fin du bail, le système de division en autant de contrats partiels qu'il y a d'annuités, et qu'il considère toutes les années d'un même bail comme solidaires. — Duranton confond la *compensation;* c'est-à-dire, le moyen d'établir l'effectif réel de la perte, avec *l'indemnité* à laquelle le fermier peut prétendre, alors que l'opération a démontré cette perte.— Son système entraîne même une inconséquence ; car on ne voit pas pourquoi le fermier, qui ne peut se faire indemniser qu'autant qu'il a éprouvé une perte de moitié, lorsque le bail est d'une seule année (1770), serait plus favorablement traité, quand le bail est de plusieurs années. Le contrat, nous le répétons, quelle que soit sa durée, ne forme qu'un seul bloc, il faut le considérer dans son ensemble (3).

Mais une autre difficulté s'élève : si les années d'abondance et

(1) Dur. n. 201. Zach. t. 3 p. 31 n. 6. Troplong, n. 732 et 733. Cass. 28 août 1833 et 13 janvier 1835. Dev. 1833, 1, 802. Dev. 1835, 1, 198.

(2) Son opinion est partagée par Zach. t. 3 p. 31 et par Toullier, t. 6 p. 279.

(3) *Voy.* également, en ce sens, Duvergier, n. 174 et suiv., Marcadé, art. 1769. Troplon n. 731.

de perte ont été entremêlées, le bailleur peut-il opposer au fermier les excédants réunis, sans faire déduction des déficits? Plusieurs auteurs admettent l'affirmative (1) : ils se fondent, nous le reconnaissons, sur des considérations qui ne manquent pas de gravité. Les voici en substance : admettre que le fermier à qui le bailleur oppose en compensation l'excédant de l'une des années précédentes, peut demander qu'on déduise sur cet excédant le déficit d'une autre année, c'est lui accorder implicitement une indemnité pour une perte qui ne s'élève pas à la moitié d'une récolte ordinaire. — A la vérité, la loi parle de toutes les années de jouissance ; mais c'est uniquement pour faire entendre, que la compensation doit porter aussi bien sur les années qui suivent l'année désastreuse, que sur celles qui l'ont précédée.

Le texte s'élève contre ce système; il commande: 1° de prendre pour base, en cas de calcul immédiat, toutes les *récoltes précédentes* sans distinction ; — 2° en cas de calcul reporté à la fin du bail, de faire compensation de *toutes les années de jouissance* : n'est-ce pas dire implicitement, que si l'on compte les années d'abondance, on doit supputer aussi les années stériles ?— D'ailleurs, en compensant les bonnes années et en rejetant celles dont le fermier peut tirer avantage, on lui reprendrait d'un côté ce qu'on lui donnerait de l'autre ; on rendrait illusoire une mesure prise pour le protéger : « ce serait, dit Troplong n. 732, vouloir à tout prix et contre toute vraisemblance, qu'un *déficit* de moitié arrivât tout juste au moment, où le fermier, n'ayant ni gain ni perte, resterait à découvert. » — Il faut distinguer, nous le répétons, le droit à l'indemnité et la compensation. Le droit prend naissance, lorsque le preneur est en perte de moitié sur une récolte; mais l'exercice de ce droit est subordonné à la condition qu'il ne trouvera pas, dans les années suivantes, une compensation du dommage dont il se plaint : pour opérer cette compensation, on doit donc former à la fin du bail, un bloc de toutes les années, bonnes ou mauvaises; balancer tous les excédants et tous les déficits, et cette opération faite, si le fermier se trouve encore, par le résultat du compte, en perte d'une quotité (que la loi fixe *à la moitié au moins d'une récolte ordinaire*) une indemnité proportionnelle lui est due pour cette quotité, indemnité dont il obtient le payement soit par voie de réduction sur les fermages de la dernière année, soit par voie d'action s'il s'est libéré. (2)

Il résulte des observations qui précèdent, que, nonobstant la perte dûment constatée de moitié sur une récolte, le fermier doit continuer à payer ses fermages; sauf, à compter plus tard : toutefois, la loi a prévu qu'il serait souvent trop rigoureux d'exiger du fermier, le payement intégral des fermages de l'année qui a été pour

(1) Duvergier, n. 173 et suiv. Marcadé, art. 1771.
(2) Dur. n. 201 t. 17, Zach. t. 3, p. 31, n. 6.

lui désastreuse : elle autorise le juge, par l'alinéa final de l'art. 1769, « à dispenser provisoirement le preneur (bien entendu après une estimation du dommage souffert) (1), de payer une partie du prix, en raison de la perte soufferte. »

Cette dispense est ordinairement accordée, lorsqu'il paraît douteux, soit à raison du peu de temps qui reste à courir jusqu'au terme du bail, soit à raison de quelque autre circonstance, que la perte puisse trouver une compensation dans les récoltes futures.

Le bailleur qui, sans attendre la fin du bail, fait bénévolement remise au fermier d'une partie des fermages de l'année, à cause de la perte d'une partie des fruits, peut ensuite rétracter cette remise, si le fermier se trouve dédommagé par l'abondance des années suivantes : la loi présume que le bailleur a entendu venir au secours du fermier, tout en conservant cependant les chances de l'avenir : qu'il a voulu prévenir un procès peut-être sur le point de naître, ou acquitter par anticipation, une dette future : or, la dette n'existera pas, s'il survient des années surabondantes (2). — Il jouirait de ce droit, lors même qu'il aurait employé, dans l'acte de remise, les mots : *don, donation:* ces expressions n'indiqueraient qu'une remise ordinaire pour cause de stérilité : nul, en effet, n'est censé vouloir donner.

Il va sans dire, que le bailleur ne pourrait se rétracter, pour raison de l'abondance des récoltes précédentes, s'il était prouvé qu'il avait connaissance du fait lors de la remise (3).

Nous avons supposé, dans toutes nos explications, le cas d'extinction du bail par l'expiration du temps déterminé pour sa durée, seule hypothèse prévue par l'art. 1769 : si l'extinction résulte de la volonté des parties ou de la faute de l'une d'elles, il y a lieu de régler immédiatement leur position respective, sans avoir égard à l'importance des récoltes futures, puisque l'excédant qu'elles pourront présenter ne profitera pas au fermier sortant.

Il est bien entendu, que le fermier ne peut, en cas de sous-location, exiger avant la fin du bail, l'indemnité pour perte de récoltes, lors même que le bailleur a consenti à ce contrat ; car l'autorisation de nover ne se présume pas facilement (1273) : Les tribunaux auront donc à examiner, en fait, s'il y a eu continuation de bail ou substitution d'un nouveau bail au premier (4).

Le fermier est privé dans quatre cas de tout droit à l'indemnité, bien qu'il y ait eu pour lui perte de moitié au moins d'une récolte, et que cette perte ait été causée par cas fortuit; savoir :

(1) Duvergier, n. 166. Troplong, n. 734. Cass. 4 mai 1831. Dall. n. 800. Dev. 1831, 1, 204.

(2) Dur. t. 17 n. 204. Troplong, n. 735 et suiv. Duvergier, n. 167 et suiv. *Voy.* cep. Pothier, Louage, n. 161. Rolland, v° Bail n. 383.

(3) Dur. *ibid.* Troplong, *ibid.* Duvergier, *ibid.*

(4) Duvergier, n. 176. Troplong, n. 738 et 739. Cas. 28 août 1833, Dev. 1833, 1, 802. et 13 janvier 1835. Dall. n. 807

1° Lorsque la convention met les cas fortuits à sa charge (1772 et 1773);

2° Lorsque la cause de la perte était apparente à l'époque où le bail a été contracté (1771);

3° Lorsque la perte a été la conséquence d'une faute commise par le fermier;

4° Lorsqu'elle est arrivée depuis que les fruits ont été séparés du sol : *Res perit domino* (1771).

— Le fermier qui est indemnisé de ses pertes par une Compagnie d'assurances, peut-il obtenir du bailleur une diminution sur son prix? ~~ La police d'assurances est pour le bailleur *res inter alios acta* (1).

Doit-on appliquer par analogie, au cas de perte des fruits produits par les établissements industriels donnés à bail, les dispositions des art. 1769 et suiv., relatifs au cas de perte des fruits naturels? ~~ Delvincourt, t. 3, p. 189 et 190, note 4; et Duvergier, t. 2, n. 150, considèrent ces articles comme des exceptions aux règles générales du louage. (2). ~~ Nous ne pouvons admettre ce système : le titre du Louage contient de nombreuses lacunes, comme on l'a vu : le silence du Code, sur les locations d'objets mobiliers, provient uniquement de ce que la propriété mobilière était sans importance relativement aux fonds immobiliers, lorsque le Code a été rédigé: mais aujourd'hui, l'esprit de la loi doit être notre seul guide; or, nul doute que les tribunaux doivent, dans tous les cas, prendre en considération les circonstances de force majeure qui se sont opposées à la jouissance du preneur (3).

Mais que doit-on décider quand les mesures fiscales frappent, non sur la production, mais sur l'écoulement de la production? ~~ La difficulté vient de ce que les art. 1769 et suiv., ne protégent plus le fermier contre les sinistres qui peuvent survenir après la récolte : il est de principe, en effet, que les produits récoltés périssent pour le fermier, quand même la perte proviendrait d'une force majeure (1771) : d'ou l'on peut conclure, par analogie, que la perte des marchandises produites, doit être sans recours pour le compte du preneur; ~~ mais ne perdons pas de vue, que dans notre espèce, la force majeure qui a causé la perte, remonte plus haut. Nous supposons que les tarifs fiscaux ont été modifiés à ce point, que l'industrie se trouve atteinte dans son existence même; que la fabrication est compromise : puisque les conditions de la jouissance sont modifiées dans leur base : pourquoi donc n'entraîneraient-elles pas un changement dans la position des parties. — Par ex., j'ai donné à bail une raffinerie, produisant annuellement 1,000 kilog. de sucre : une loi fiscale restreint cette production à 500 kilog. : nul doute que le fermier pourra obtenir, par l'action en garantie, la résiliation du bail, ou du moins une diminution du prix convenu.

1770 — Si le bail n'est que d'une année, et que la perte soit de la totalité des fruits, ou au moins de la moitié, le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix de la location.

Il ne pourra prétendre aucune remise, si la perte est moindre de moitié.

(1) Troplong, n. 741. Duvergier, n. 202. Cass. 4 mars 1831. Dev. 1831, 1, 204. Dall. n. 800.

(2) Nimes, 1er juin 1840. Pal. 1840, 2, 11, 1er juin 1839. Dev. 1841, 2, 132.

(3) Troplong, n. 235 et suiv. Nancy 17 mai 1837, Pal. 1837, Pal. 1839, 1 413. Dev. 1839. 2, 164 *Voyez* pag. 129, note.

1771 — Le fermier ne peut obtenir de remise, lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre, à moins que le bail ne donne au propriétaire une quotité de la récolte en nature ; auquel cas le propriétaire doit supporter sa part de la perte, pourvu que le preneur ne fût pas en demeure de lui délivrer sa portion de récolte.

Le fermier ne peut également demander une remise, lorsque la cause du dommage était existante et connue à l'époque où le bail a été passé.

= La remise d'une partie du prix des fermages (1759 et 1770) est uniquement fondée sur le défaut de cause ; cette remise n'est donc pas due, si les fruits ont péri après avoir été coupés : en effet, dès qu'ils sont séparés de terre, quoique non enlevés, ils se trouvent mobilisés au profit du fermier qui les a faits siens, et par conséquent, ils passent à ses risques : le texte est clair et précis (1) ;

Cette règle n'est point applicable, lorsque la prestation due par le fermier consiste dans une certaine quotité des fruits que produira le fonds ou, lorsque le bail est partiaire : les fruits se trouvant alors en commun (1763), les risques doivent être supportés par le bailleur et le preneur, chacun en proportion de la part qu'ils sont appelés à recueillir. — Toutefois, on excepte le cas où le preneur aurait été mis en demeure : il doit alors prouver, pour s'affranchir de toute responsabilité, que les fruits auraient également péri s'ils eussent été livrés (1302) (2).

Lorsque le fermage consiste non en une certaine quotité des fruits que produira le fonds, mais en une quantité déterminée, par ex., tant d'hectolitres de blé, tant de pièces de vin, il est bien évident que la perte arrivée depuis la récolte, ne peut dispenser le fermier de payer ce qu'il a promis. — Exceptons le cas où il serait stipulé que le fermage consisterait en fruits du fonds : le fermier serait alors entièrement libéré par la perte totale de la récolte, et jusqu'à due concurrence par la perte partielle (3); à moins, nous le répétons, qu'il n'y eût faute de sa part, ou qu'il n'eût été constitué en demeure. — Au surplus, telle n'est pas l'hypothèse réglée par l'art. 1771 : cet article ne suppose pas que le fermier est débiteur d'une quotité déterminée; mais que le bail est partiaire.

Lors même que la perte est arrivée avant la récolte, le fermier n'a droit à aucune indemnité, s'il a connu ou pu connaître, au

(1) Duvergier, n. 192. Dur. n. 205. Troplong, n. 744.

(2) Troplong, n. 751. Duvergier, n, 193. Par arrêt du 17 mai 1825, la cour de Metz a décidé que l'art. 1771, ne statuait que pour les cas fortuits ordinaires : l'erreur est évidente : les fruits une fois détachés du sol sont aux risques du fermier : peu importe la cause de la perte.

(3) Duvergier, n. 195.

moment du contrat, la cause du dommage; notamment, si les fruits ont péri par des vices résultant de la chose même: on présume que le prix du bail a été fixé en conséquence ; — par ex., si le fermier a reçu un fonds de mauvaise qualité, une vigne très-vieille qui ne produisait plus, ou si le dommage a été causé par les ronces, il ne peut réclamer de remises (Duvergier n° 190); — *a fortiori* le fermier serait-il sans droit, si la perte avait été occasionée par sa faute.

1772 — Le preneur peut être déchargé des cas fortuits par une stipulation expresse.

1773 — Cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel (1), gelée ou coulure.

Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le preneur n'ait été chargé de tous les cas fortuits prévus ou imprévus (2).

= On nomme *cas fortuit,* tout événement auquel il n'est pas donné à l'homme de résister, qu'il n'a pu prévoir et dont il n'a pu se garantir : *Casus fortuitus est casus, cui prævideri, cui præcaveri, resisti non potest.*

Il suit de cette définition, qu'on ne peut classer parmi les cas fortuits, ni les événements qui sont la conséquence nécessaire d'une faute du fermier, ou qu'il eût pu prévenir, en exerçant une plus active surveillance, ni les vices que la chose contracte par sa propre nature, par ex., la stérilité des vignes ou des arbres qui ont vieilli, la mauvaise qualité des grains, si elle résulte de la nature du sol : — au premier cas, le fermier doit s'imputer de ne pas avoir administré en bon père de famille ; — au deuxième cas, il a dû prévoir que l'événement arriverait.

Les cas fortuits sont *ordinaires* ou *extraordinaires : ordinaires,* lorsque la prévoyance peut saisir à cet égard des probabilités : par ex., la gelée, la grêle, la coulure sont des événements fréquents, que tout cultivateur doit prévoir. — *Extraordinaires* , lorsque le sinistre est tellement insolite, tellement exceptionnel, qu'il n'a pu entrer dans la prévision des parties : la loi nous donne pour ex., l'invasion de l'ennemi, le fait du prince, une inondation ; — nous ajouterons des pluies abondantes, une excessive sécheresse (3).

(1) L'art. 1773 met le feu du ciel au nombre des cas fortuits ordinaires. Duranton, t. 17 n. 213, fait observer que cette cause de dommage ne peut atteindre que les bâtiments : évidemment, la loi cite le feu du ciel comme exemple.

(2) Le législateur a voulu, par cette distinction, faire cesser une controverse qui existait sous notre ancienne jurisprudence (Troplong, n. 757).

(3) Delvincourt, t. 3 p. 203, pense que si des terres sont voisines d'une rivière sujette aux débordements, le fermier n'a pas droit à une remise, bien que la moitié de la récolte d'une an-

Le fermier peut, ainsi que nous l'avons vu sous l'art. 1769, exiger une remise sur le prix des fermages, lorsque par suite d'un événement fortuit, il se trouve en perte de moitié au moins, sur la récolte d'une année commune : mais la responsabilité des cas fortuits peut être laissée à sa charge par le contrat : — vainement objecterait-on, que le louage deviendra gratuit pour le bailleur, si toute la récolte a péri : « Le fermage demeure toujours, dit Pothier, (Louage, n° 178), le prix de l'espérance que le fermier a eue, de percevoir les fruits. » La loi exige seulement que la stipulation soit expresse (1773).

Quel est l'effet de la clause par laquelle le fermier a déclaré se charger des cas fortuits, sans autre explication ? Sous notre ancienne jurisprudence, quelques auteurs soutenaient qu'elle ne devait s'entendre que des cas fortuits ordinaires : — d'autres décidaient qu'elle comprenait tous les événements, soit ordinaires, soit extraordinaires : l'art. 1773 met fin à ces incertitudes : il déclare que le fermier ne supporte sans recours, les conséquences des cas fortuits ordinaires et extraordinaires, qu'autant qu'il a manifesté sa volonté à cet égard ; et qu'il conserve son action pour les cas fortuits extraordinaires, lorsqu'il s'est borné à prendre sur lui les *cas fortuits*, sans autre explication. — Ainsi, on présume sauf stipulation contraire, que les cas fortuits ordinaires seuls ont été présents à la pensée des parties (Fenet. 2, 14, p. 336) (1).

Si le preneur s'est chargé des cas fortuits ordinaires ou extraordinaires (c'est-à-dire, des cas prévus ou imprévus) est-il responsable de la perte des portions de terrain que la violence du fleuve a emportées, ou des bâtiments détruits par force majeure ? — Dans les art. 1769 et suiv., il n'est question que des récoltes : c'est relativement aux récoltes, que les art. 1772 et 1773 parlent des cas fortuits : les événements qui portent sur la substance même de la chose, c'est-à-dire, qui diminuent la jouissance du preneur, soit en causant la perte d'une partie du fonds ; soit en le détériorant, restent soumis aux dispositions des art. 1720, 1721 et 1722 : Le bailleur en est responsable (2) ; il s'agit d'une question de faits.

née ait péri dans une inondation : L'on présume, dit-il, que le prix du bail a été fixé en conséquence : c'est là une erreur semblable à celle dans laquelle est tombé Pothier, en refusant de voir un cas fortuit dans la grêle ou dans la gelée : cette prévision n'enlève pas à l'événement son caractère de force majeure. Le voisinage de la rivière et la fréquence des débordements sont seulement des faits dont on tient compte, lorsqu'il s'agit de déterminer l'importance d'une récolte ordinaire (*voy.* p. 130).

(1) C'est en ce sens qu'il faut entendre les mots *prévus* et *imprévus* qui terminent l'art. 1773; autrement, il y aurait contradiction entre la règle d'interprétation posée par notre article et la définition que nous avons donnée du cas fortuit. — Les mots *événements prévus* ne désignent donc pas ici les événements qui seraient connus à l'avance; mais ceux qui ont fait l'objet spécial d'une stipulation.

(2) Dur. n. 213 t. 17. Duvergier, n. 201 t. 2. Troplong, n. 759. Turin, 16 mars 1811.

Résiliation des baux à ferme. — Tacite réconduction.

On remarque cette différence entre les baux à loyer et les baux à ferme, que l'usage des lieux fixe la durée des premiers lorsqu'elle ne résulte pas du contrat; tandis que la nature de l'héritage indique le terme des seconds, à défaut de stipulations particulières (1774) : ainsi, quand il s'agit d'héritages ruraux, la durée du bail n'est jamais et ne peut jamais être indéterminée.

1774 — Le bail sans écrit, d'un fonds rural, est censé fait pour le temps qui est nécessaire, afin que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé.

Ainsi, le bail à ferme d'un pré, d'une vigne et de tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de l'année, est censé fait pour un an.

Le bail des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons (1), est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles.

= Il est rationnel, en matière de biens ruraux, de prendre pour base de la durée du bail, le temps nécessaire pour récolter tous les fruits du fonds affermé.

Comment doit-on appliquer la disposition de l'art. 1774, si le bail comprend à la fois des prés, des vignes et des terrres labourables divisés par soles? — Le bail des prés et des vignes, est censé fait pour le même temps que celui des terres labourables, encore bien que les fruits puissent être recueillis dans le cours de l'année; on doit présumer que telle a été l'intention des parties : si donc, la ferme comprend des terres soumises à l'assolement triennal et des héritages dont tous les fruits se récoltent en une seule année, le bail sera de trois ans : il ne pourrait être divisé sans de graves inconvénients; car toutes les productions de la ferme forment un seul tout (2).

Quid, s'il s'agit d'un bois taillis mis en coupes réglées? — S'il a été compris dans la location des autres terres, la durée du bail de ce bois est censée la même que celle desdites terres: ainsi, le bail est restreint au nombre d'années déterminé pour l'assolement des terres; le fermier fait les coupes qui échoient dans cet intervalle : on présume que les parties ont eu surtout en vue la perception

(1) Le mot *sole*, est un terme d'agriculture : on désigne ainsi une certaine étendue de champ sur laquelle on sème successivement par années des blés, puis des menus grains, et qu'on laisse en *jachère* (c'est-à-dire en repos) la troisième année. — On divise ordinairement une terre en 3 soles : une pour les blés et le seigle; une autre en avoine et orges; la troisième en jachère; s'il y a dans une ferme 90 arpents :—il y a 30 arpents par sole. En Flandre, en Artois, en Alsace, dans la Touraine, on ne laisse plus de jachère.—Le bail n'est pas moins censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles : les progrès de l'agriculture laissent subsister la rotation habituelle des récoltes. Cass. 16 août 1853. Dall. 1854, 1 83. Pal. 1854, 2, 347.

(2) Troplong, n. 765. Dur. n. 214. Duvergier, n. 205.

des fruits des autres parties du fonds (1). — S'il a été affermé à part, sans terme fixe, le bail dure pendant tout le temps nécessaire pour faire successivement toutes les coupes d'après l'aménagement : ce n'est là du reste qu'une question d'intention (Troplong, n° 766 et suiv.).

Quid, si le bail a pour objet des héritages qui donnent plusieurs récoltes par an ; tels que les prés qu'on arrose, les jardins potagers ? — Le fermier est censé avoir entendu jouir de tous les produits que l'année entière doit procurer (2).

1775 — Le bail des héritages ruraux, quoique fait sans écrit, cesse de plein droit, à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait, selon l'article précédent.

= Ainsi, la loi n'abandonne pas la durée du bail des héritages ruraux, comme celle du bail à loyer, à l'usage des lieux : ce bail a par sa nature un terme fixe : celui de la récolte des fruits. La signification d'un congé n'est donc pas nécessaire : il suffit au fermier, pour empêcher la tacite réconduction, de quitter les lieux, et au bailleur, de manifester sa volonté, avant que le preneur ait fait aucun acte de culture : — c'est là une dérogation à la règle générale de l'art. 1736.

— La disposition de l'art. 1775 est-elle applicable aux baux à colonage partiaire? ~ Il a été jugé que ces sortes de baux ne cessent qu'après un congé, donné dans les délais fixés par l'usage des lieux ; attendu que ce genre de bail n'est pas soumis aux règles des baux ordinaires (3) : ~ Quoiqu'il en soit, nous ne voyons pas de raison suffisante pour distinguer : le bail à colonage tient, non-seulement de la nature des baux à ferme ; mais encore de celle du contrat de société : or, il est de principe que la société finit par l'expiration du terme pour lequel elle a été contractée (1865) : la cour de Limoges nous paraît avoir jugé en fait plutôt qu'en droit.

1776 — Si, à l'expiration des baux ruraux écrits, le preneur reste et est laissé en possession (4), il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'art. 1774.

= La loi fait aux baux des biens ruraux, l'application des règles sur la tacite réconduction (*voy.* art. 1738 et suiv.).

Le juge est appréciateur des circonstances.

— Une ferme est partagée en deux soles ; elle a été donnée à bail pour un an seulement ; par conséquent, le fermier n'a pu jouir que d'une sole. A l'expiration de ce temps, il laboure et ensemence les terres d'une autre saison : la réconduction aura-t-elle lieu? ~ Duvergier (n. 216 et suiv.) se prononce pour l'affirmative (5).

(1) Troplong, n. 766 et suiv. Duvergier, n. 206 et suiv.

(2) Troplong, n. 768. Duvergier, n. 204.

(3) Limoges, 8 mars 1842. Dev. 1842, 2, 522. D. p. 43, 2, 12. Pal. 43, 1, 319.

(4) Ces mots : *en possession*, sont inexacts ; le fermier n'est pas possesseur, mais simple détenteur (2238).

(5) *Voy.* également, en ce sens, Rolland, v° Tacite réconduction, n. 19.

Par suite cet auteur décide que la durée du nouveau bail sera de deux ans : « En matière de tacite réconduction, dit-il, les baux à ferme ne diffèrent des baux à loyer que sous le rapport *de la durée :* dans le premier cas, la durée du nouveau bail est nécessairement déterminée par l'usage des lieux ; dans le deuxième, on se refère à la nature même de l'immeuble loué. — *Relativement au prix*, les parties, en gardant le silence, sont censées avoir voulu conserver la clause relative à cet objet, comme toutes les autres que renfermait le premier bail; sans même avoir égard à la différence des produits. » C'est là, selon nous, une erreur : pour que la tacite réconduction s'opère, il faut que la jouissance continue sur la même chose : or, dans l'espèce, il est inexact de dire qu'il n'y a qu'un seul héritage partagé en deux saisons : on doit voir autant de choses distinctes qu'il y a de soles : en conséquence, le bail tacite de la seconde saison ne comprendra que les terres de la deuxième sole ; de même que le premier bail ne comprenait que les terres de la première ; en d'autres termes, ce deuxième bail ne durera qu'un an. — Pothier (n. 261), dont l'opinion est critiquée par Duvergier, avait apprécié sainement l'état des choses, en ne voyant, dans la nouvelle jouissance, que le résultat d'un nouveau louage. — Nous déciderons, par suite du même principe, que le prix peut ne pas être le même que celui du précédent bail. — Si les soles sont inégales en qualité et en étendue, il faudra nécessairement une expertise (1).

1777 — Le fermier sortant doit laisser, à celui qui lui succède dans la culture, les logements convenables et autres facilités pour les travaux de l'année suivante ; et réciproquement, le fermier entrant doit procurer à celui qui sort, les logements convenables et autres facilités pour la consommation des fourrages, et pour les récoltes restant à faire.

Dans l'un et l'autre cas, on doit se conformer à l'usage des lieux.

= Cet article a pour but de concilier les convenances des fermiers qui se succèdent dans l'exploitation de l'héritage affermé. — La présence simultanée sur le même fonds, du fermier entrant et du fermier, sortant nécessite de mutuelles concessions (2).

1778 — Le fermier sortant doit aussi laisser les pailles et engrais de l'année, s'il les a reçus, lors de son entrée en jouissance ; et quand même il ne les aurait pas reçus, le propriétaire pourra les retenir suivant l'estimation.

= En principe, le preneur est tenu de rendre la chose dans l'état où il l'a trouvée (1728) : le fermier sortant doit donc laisser les pailles et engrais de l'année, s'il les a reçus en entrant.

Dans l'intérêt de l'agriculture, la loi confère même au proprié-

(1) Troplong, n. 714 et suiv. Marcadé, art. 1776.
(2) *Voy.* Duvergier, n. 220, et Gasparin, Guide des propriétaires, p. 356 et suiv.

taire (1), la faculté de retenir sur estimation les pailles et engrais, ainsi que les fourrages de la dernière année ; il aurait ce droit, bien que le fermier n'eût rien trouvé sur le fonds, à son entrée en jouissance.

Si le fermier a fait des constructions, comme une écurie, un hangar, le propriétaire peut les retenir, en payant ce qu'elles ont coûté, si mieux il n'aime contraindre le fermier à les enlever, et le contraindre à rétablir les lieux dans leur premier état (Arg. de l'art. 555).

S'il a fait des réparations nécessaires, le bailleur doit lui en rembourser le montant.

Que faut-il décider à l'égard des semences? Le fermier sortant doit laisser à son successeur une quantité de semences égale à celle qu'il a reçue lors de son entrée en jouissance : — s'il n'en a pas reçu, c'est au nouveau fermier à s'en procurer.

— La clause de conversion des pailles en fumiers à mettre sur la ferme, pendant la durée du bail, suffit-elle pour permettre au propriétaire de prendre ces fumiers et pailles à la fin du bail *sans en payer le prix?* — Troplong se prononce pour l'affirmative : mais il nous semble que ce sont là deux droits distincts : autre chose est de faire servir les pailles et engrais au bon entretien de la terre ; autre chose est de les garder gratuitement. — Dans le cas prévu, l'enlèvement des pailles, pendant le cours du bail, serait un délit ; or, on ne saurait considérer comme tel, le fait du fermier qui enlève les pailles en sortant, quand il n'a pas trouvé la ferme empaillée : le premier droit, nesaurait donc emporter le second. — A défaut de stipulation précise, on rentre nécessairement dans le droit commun ; c'est-à-dire, sous le principe qui ne donne au propriétaire les pailles et fumiers du fermier, qu'à charge de paiement (2).

CHAPITRE III.

DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE.

Sous la dénomination de louage d'*ouvrage* et d'*industrie*, la rubrique du chapitre qui va nous occuper, embrasse tous les contrats dans lesquels on stipule un salaire pour services, soins ou travaux quelconques (1779) (*voyez* la définition que nous avons donnée au commencement de notre titre, p. 1).

De même que le louage des choses, le louage d'ouvrage et d'industrie est un contrat *consensuel*, *synallagmatique*, *commutatif* et *intéressé* de part et d'autre : seulement, il a pour objet un ouvrage à faire : *res facienda ;* tandis que dans le louage des choses : *res utenda datur :* d'où il résulte, que dans le 1er cas, le contrat se résout en

(1) Duvergier, n. 225.

(2) Merlin, quest., v° Fumiers. Duvergier, t. 2 n. 223. Marcadé, art. 1778. Douai, 4 juin 1849 et 19 juillet 1850. Dev. 50, 2, 506. Pal. 50, 2, 383.

dommages-intérêts, si l'une ou l'autre partie manque aux obligations qu'elle a contractées ; car *nemo potest cogi ad factum.* — Tandis que dans le deuxième, le bailleur, suivant l'opinion que nous avons admise, peut être contraint *manu militari* à livrer la chose (*voyez* p. 39).

Le louage d'ouvrage nécessite également le concours de trois conditions :

1° *Res : Un ouvrage à faire.* Cet ouvrage doit être licite et possible : *impossibilium nulla est obligatio :* mais l'impuissance personnelle n'est pas une cause de nullité; elle peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts.

2° *Pretium :* Le prix peut consister en argent ou en denrées; il doit être d'une certaine considération, eu égard à la valeur de l'ouvrage.

3° *Consensus :* Le consentement doit intervenir sur l'ouvrage et sur le prix.

Le consentement peut être exprès ou tacite (*voyez* ce que nous avons dit sur le louage des choses).

Le louage d'ouvrage, avons-nous dit, impose l'obligation de faire quelque chose pour autrui : mais le mandat impose au mandataire une obligation semblable (1984). Sous quels rapports ces contrats diffèrent-ils donc l'un de l'autre?

Les Romains présentaient comme caractère distinctif, l'existence du *prix* dans le louage et le défaut de prix dans le mandat (1) : toutefois, comme les mandataires exigent souvent un prix pour l'accomplissement de leur mission, ils distinguaient le *prix* (*merces*) de l'*honoraire* (*honorarium salarium*). — Le contrat était considéré comme un *louage*, lorsque la somme promise représentait la valeur du travail ou du service, et comme un mandat, lorsqu'à raison de sa faible importance comparative, on devait considérer cette somme comme une récompense, ou comme un témoignage de reconnaissance (2).

Mais comment apprécier la valeur des services rendus? Il fallait avoir égard aux temps, aux lieux, à la condition des personnes et aux circonstances qui avaient précédé ou accompagné le fait : de là des contestations qui entraînaient presque toujours des jugements arbitraires: aussi, les interprètes du droit romain se virent-ils dans la nécessité de distinguer entre les arts mécaniques et les arts libéraux; en d'autres termes, entre les travaux manuels et les opérations de l'esprit : ils décidèrent que dans le 1er cas, le contrat constituerait un *louage* dont la rétribution serait le prix, et dans le 2e,

(1) L. 1, § 5, ff. Mand.

(2) *Si remuncrandi gratiâ honor intervenit*, dit Ulpien, *erit mandati actio.* L. 6 Prim. ff. *mandati vel contra.*

un mandat, quelle que fût l'importance des honoraires stipulés (1).

Tous nos anciens auteurs admettaient ce système : « Observez, dit notamment Pothier (mandat n° 22 et suiv.), la différence entre la récompense et le loyer d'un service : lorsque j'ai payé ce loyer, je suis entièrement quitte envers celui qui me l'a rendu ; je ne lui dois ni remerciments ni reconnaissance : mais quoique j'aie payé la récompense qui est due par l'usage, pour des services qui dépendent d'une profession libérale, je ne suis pas libéré envers celui qui me les a rendus, de la reconnaissance que je lui dois pour ces services. »

Nos auteurs modernes enseignent généralement la même doctrine (2) : la qualité des faits et leur valeur morale, dit notamment Troplong (mandat n° 787 et suiv.), c'est-à-dire, le mobile dont ces faits dérivent, sont les seules circonstances que le juge doit apprécier. L'opinion publique et la morale, sont ici le flambeau de la jurisprudence : il faut par conséquent établir une hiérarchie entre les diverses professions. « Le sens moral indique qu'il y a entre les professions une inégalité de mérite et d'honneur ; le droit doit donc reconnaître et consacrer cette inégalité ; et c'est ce qu'il fait en donnant aux uns le louage aux autres le mandat. Le louage et le mandat sont le mode dont il se sert pour maintenir, dans les lois civiles, des distinctions utiles que les mœurs, la politique et la philosophie ont mises dans la chose : je ne veux blesser personne ; je ne veux ni exalter l'orgueil des uns, ni contrister l'humilité des autres ; dans le fonds tout est égal entre nous : la distinction superficielle qui nous élève les uns au-dessus des autres, regarde l'ordre du monde et n'en change pas le fonds ; mais puisque nous sommes de ce monde, nous devons compter avec lui et faire acception de ces supériorités relatives, au moyen desquelles il est ordonné : or, en se plaçant dans ce milieu terrestre, et loin des régions sublimes où nous transporte le philosophe chrétien, si tous les hommes sont égaux, toutes leurs actions ne le sont pas, et comme on ne saurait mettre sur la même ligne tous les services qu'ils se rendent entre eux, on ne saurait non plus passer le niveau de l'égalité extérieure sur les états ou professions auxquelles ces ministères se rattachent..... Ce n'est pas de l'homme qu'il s'agit ici ; c'est de la profession, considérée en elle-même dans sa cause et ses moyens. »

L'art. 1986, ajoute le même auteur, admet que l'on peut, sans porter atteinte à l'essence du mandat, donner une récompense pécuniaire au mandataire : d'où il résulte clairement que l'on doit,

(1) Cujas Comm. in lib. 3. Heineccius, Rec. lib. 3, tit. 25, § 916. Voet, ad. lib. 17, t. 1er n. 2.

(2) Merlin. Rép. v° Notaire, § 6, n. 4. Champonnière et Rigaud, t. 2, p. 443. Dur. t. 18 n. 196. Marcadé. art, 1779. Troplong, Louage, n. 804 et suiv. Mandat, n. 164. Cass. 27 janvier 1812.

pour distinguer ce contrat du louage, prendre en considération les services rendus.—En rapprochant cet article des art. 1711 et 1779, on reconnaît jusqu'à l'évidence, que le législateur a entendu renfermer le louage d'ouvrage dans la catégorie des travaux manuels et laisser aux arts libéraux le caractère du mandat : en effet, le premier donne le nom de loyer, au louage de travail et de service ; le deuxième énumère les principales espèces de louage d'ouvrage, et il garde un silence absolu sur les travaux d'intelligence. « Ce serait déshonorer la langue et forcer le sens que tout le monde attache au louage, que de l'appliquer au peintre qui fait un chef-d'œuvre ; au médecin qui sauve la vie d'un malade ; au célèbre avocat qui, par son talent oratoire, fait prévaloir un système, ou sauve devant la cour criminelle son client menacé d'une peine capitale..... L'homme ne travaille pas seulement pour l'argent ; il travaille aussi pour la gloire, pour la patrie, pour l'humanité. »

Telles sont, en substance, les considérations sur lesquelles on s'est fondé jusqu'à nos jours pour distinguer le louage d'ouvrage du mandat salarié.

Duvergier, le premier, a eu le courage de briser avec ces traditions surannées : La jurisprudence et la doctrine modernes tendent à se rapprocher de son système : nous l'adoptons complètement.— En définitive, il faut sortir du vague pour rentrer dans la réalité : le texte et l'esprit de la loi : telles doivent être les bases de toute solution, quand il s'agit d'un point de droit ; or, les caractères du louage d'ouvrage et ceux du mandat, nous semblent parfaitement déterminés dans les définitions suivantes :

« Le louage d'ouvrage, porte l'art. 1710, est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre. »

« Le mandat, aux termes de l'art. 1984, est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et *en son nom*.

Ce qui distingue le mandat du louage, ce n'est donc ni l'absence d'un prix ou salaire (1986 et 1992) ; (car d'une part, on peut s'obliger à faire gratuitement une chose pour quelqu'un, sans pour cela qu'il y ait mandat, et d'autre part, le mandat peut être salarié sans devenir un louage) :— ni la nature purement intellectuelle du service à rendre, ou de l'affaire à accomplir ; (car si les auteurs vendent leurs ouvrages, pourquoi ne pourraient-ils vendre leur travail ?) : *c'est le pouvoir donné par celui pour qui la chose doit se faire*, à celui qui doit l'accomplir ; la *capacité transmise* par le premier au second ; le *droit donné au mandataire, d'agir au nom du mandant* ; de le *prêter*, de l'*obliger* envers les tiers, et d'*obliger les tiers envers lui :* l'espèce particulière de travaux ou de soins que le locataire s'oblige à faire ou à donner, ne modifie donc pas la nature du contrat :

qu'il s'agisse d'un travail mécanique ou d'une œuvre intellectuelle, peu importe; on ne peut voir, dans la convention, qu'un véritable louage, dès le moment où les caractères du mandat ne se rencontrent pas.—Ainsi, nous considèrerons comme mandataires, l'avoué et l'huissier, car ils agissent au nom de leurs clients et à leur requête : mais le notaire, qui se borne à recevoir des actes ; le professeur, l'avocat, le médecin, l'artiste, le fonctionnaire public, le soldat, l'ouvrier, le ministre du culte même ne peuvent être, au point de vue légal, que des locataires de services, puisqu'on ne trouve dans l'exercice de leur profession aucune trace d'un pareil pouvoir. — Nous reviendrons sur ce point dans nos explications sur les art. 1984 et suiv. (1).

Si l'on considère la question sous le rapport philosophique et moral, des motifs pour le moins aussi puissants que ceux invoqués par Troplong s'élèvent en faveur de notre système.

« Quelques amours propres, dit Duvergier (n° 273), se trouveraient-ils blessés par cette théorie? Quelques cœurs élevés craindraient-ils qu'elle n'eut pour résultat d'avilir les travaux de l'intelligence, d'ôter aux lettres et aux arts leurs plus nobles encouragements, d'enlever à certaines professions leur dignité et le rang qu'elles occupent dans notre organisation sociale? Si cela était, on devrait laisser les émotions de la vanité s'apaiser d'elles-mêmes : qui voudrait qu'on leur sacrifiât une vérité utile? Mais on ne saurait trop s'empresser de rassurer les esprits préoccupés d'honorables inquiétudes, et cette tâche ne serait pas difficile : qu'importe en effet, le nom donné au contrat? Le mandat est-il donc plus estimable en soi que le louage? Les effets de l'un sont-ils plus que ceux de l'autre propres à attirer sur les contractants la considération publique? Faut-il, dans l'exécution, employer des moyens judiciaires plus rigoureux pour celui-ci que pour celui-là? En aucune façon : sous tous les rapports, l'assimilation est parfaite. Lorsque le mandat est gratuit, sans doute, le sentiment généreux qui inspire le mandataire, relève et sa personne et son action; mais la même générosité donnerait le même relief à l'acte par lequel une personne se chargerait d'exécuter gratuitement pour un autre un travail quelconque. Dès que le mandat est salarié, il n'a rien qui le classe à un rang plus élevé que le louage d'ouvrage. Aujourd'hui, on reconnaît que le travail est une mission sociale; que la richesse, les dignités et les honneurs doivent être distribués, en proportion de la difficulté et de l'utilité des travaux; que sous ce double rapport, les productions de l'esprit, ont droit à une part plus considérable que les productions de la force musculaire. Cette théorie gouvernait à leur insu les sociétés humaines, avant qu'elle eût été aperçue et

(1) Duvergier, n. 261 et suiv. Zach, 23, p. 31. Toulier, t. 4, p. 284-297.

proclamée. L'ordre hiérarchique assigné depuis longtemps, à certaines professions libérales, est un de ses effets incontestables; elle n'a pas encore acquis toute l'autorité qu'elle doit obtenir; elle n'a pas produit tous les effets qu'il faut en attendre; mais chaque jour elle fait du progrès : ce n'est pas sous l'influence de pareilles idées, qu'on peut sérieusement craindre de voir confondre les arts mécaniques et les arts libéraux; les opérations manuelles et les œuvres de l'esprit; parce que les jurisconsultes nommeront également louage d'ouvrage, des contrats composés des mêmes éléments, et différant seulement par la nature des travaux qui en sont l'objet (1). »

Duvergier fait ici de trop larges concessions : Nous ne sommes plus dans ces temps où l'esprit se dirigeait uniquement sur les lettres, domaine exclusif de quelques privilégiés, favorisés de la fortune; où le cultivateur était esclave de la glèbe; où l'ouvrier, réduit à la nécessité de suivre humblement la carrière de ses pères, ne pouvait donner essor à son intelligence : la révolution de 1789, en proclamant le principe d'égalité, a utilisé au profit de la société des richesses intellectuelles jusqu'alors inconnues, qu'un système égoïste et fatal persistait à maintenir dans les ténèbres : bientôt on vit surgir les merveilles qui ont placé la France au premier rang des nations; c'est de 1789 que date le progrès des arts et des sciences. A qui devons-nous ces chefs-d'œuvre, ces inventions nouvelles que le monde entier vient périodiquement admirer en France, ces travaux gigantesques, ces magnifiques machines qui sillonnent notre territoire, ces précieux instruments à l'aide desquels l'homme de science parvient à lire dans les astres ou à pénétrer les secrets du centre de la terre? qui a découvert la puissance de la vapeur, celle de l'électricité et tant d'autres prodiges?... Pourquoi donc l'ouvrier ne soutiendrait-il pas avec avantage le parallèle avec l'avocat, avec le médecin ou l'homme de lettres? Oublions tous ces préjugés d'un autre âge; nos mœurs en ont fait justice : il faut être de son époque. De même que les lois confèrent des droits égaux à tous les citoyens; de même, l'opinion publique entoure aujourd'hui d'un égal degré de considération, les arts, les sciences et les lettres.

Ainsi que nous l'avons dit au commencement de ce titre : dans le louage d'ouvrage, c'est le gardien, le serviteur, l'artisan, l'ouvrier ou l'entrepreneur, qui est réellement locateur; celui qui paye les services rendus est le véritable locataire ou conducteur : c'est donc mal à propos, que dans les ouvrages des jurisconsultes, ces qualités se trouvent interverties.

(1) Quoi qu'il en soit, on peut soutenir que le législateur s'est uniquement occupé, au titre du Louage, des travaux manuels, et au titre du Mandat, de la convention, en vertu de laquelle une personne agit au nom d'une autre; qu'un contrat innommé se forme, lorsqu'un homme instruit met son intelligence au service d'un tiers.—Nous sommes disposé à penser comme Marcadé, qu'il y a lacune dans la loi : mais forcé de rattacher cette convention au louage d'ouvrage ou au mandat, il nous semble logique de la considérer comme un louage, puisqu'elle se rapproche plus du premier contrat que du second.

Le Locateur s'engage à faire l'ouvrage convenablement et en temps utile; — le Locataire se soumet à payer le prix convenu et à faire tout ce qui sera en son pouvoir pour mettre le locateur à même de remplir ses engagements.

Le louage d'ouvrage doit avoir pour objet une chose possible : si l'impossibilité est absolue, (1) le contrat ne peut se former ; si elle est *relative*, l'inexécution donne lieu à des dommages-intérêts.

Ce sont là au surplus, des règles générales qui dominent tous les contrats (*voyez* art. 900, 1126, 1172).

Le législateur s'est montré laconique sur le louage d'ouvrage, parce que ce contrat est assujetti aux mêmes règles que le louage des choses : on doit donc se référer, pour les difficultés qui peuvent naître, aux principes généraux que nous avons exposés dans le précédent chapitre.

La loi ramène les diverses locations d'ouvrage ou d'industrie à trois principales (*voyez* art. 1779): elles forment la matière d'autant de sections.

1779 — Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrages et d'industrie :

1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un (2);

2° Celui des voituriers tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ;

3° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés.

SECTION PREMIÈRE.

LOUAGE DES DOMESTIQUES ET OUVRIERS (3).

En vue de protéger la liberté de l'homme, la loi décide qu'il ne peut engager ses services pour toute la durée de sa vie ; mais seule-

(1) On doit considérer comme telle, l'obligation de commettre un acte contraire aux lois et aux mœurs.

(2) On nomme *gens de travail*, les personnes qui se livrent habituellement à des travaux rudes et pénibles, comme les manouvriers, les terrassiers, les moissonneurs, les vendangeurs, les faucheurs et autres qui louent leurs services au jour ou pour un temps déterminé ; mais qui ne sont ni logés, ni nourris dans la maison de celui pour lequel ils travaillent. (Duvergier, n. 280).—Toutefois, s'ils travaillent à l'entreprise ou à la tâche, le contrat prend le caractère de louage d'industrie ; on le considère comme un marché ; ce qui rend applicable l'art. 1787. (Duvergier. n. 280, 1311. Henrion de Pansey, Chap. 30. n. 7. Bordeaux, 24 novembre 1829. Cass. 12 mai 1834. Dev. 1835, 1, 63). — On nomme *ouvriers*, les personnes qui se livrent à des arts mécaniques, sous la direction d'un maître ou patron. — *Domestiques*, celles qui sont attachées d'une manière particulière au service de la personne, au ménage ou à la maison du maître ou qui l'aident dans les travaux agricoles et qui d'ailleurs, logent et vivent dans la maison. (Duvergier, n. 278, t. 2. Troplong, n. 248). — Les *régisseurs*, les *intendants*, les *secrétaires*, les *charretiers* ne sont pas compris dans la classe des domestiques. (Loi du 19-20 avril 1790, art. 7. *Voy.* en outre, la loi du 3 octobre 1810).

(3) Sous la dénomination d'*ouvriers*, la loi comprend ici même les gens de travail, à l'excep-

ment pour un certain temps ou pour une entreprise déterminée. — Elle se réfère du reste, pour les obligations qu'il peut s'imposer, aux règles communes à toutes les conventions; seulement, afin de prévenir les procès nombreux que ferait naître la question du paiement des salaires, elle veut que le maître soit cru sur son affirmation : 1° pour la quotité des gages, 2° pour le paiement du salaire de l'année échue, 3° pour les à-comptes donnés sur l'année courante.

Le *louage* des services est presque toujours verbal, quelle que soit la condition des parties : la preuve testimoniale est même admise sans commencement de preuve par écrit, lorsque le prix stipulé n'excède pas 150 fr. : ici ne s'applique point la disposition de l'art. 1715. — Pour évaluer cette somme, on prend en considération tout ce qui sera dû au domestique ou à l'ouvrier à la fin du bail, sans avoir égard aux paiements partiels qui doivent s'opérer à diverses échéances ; car il n'y a qu'un seul et même contrat. — Je prends à mon service un cocher pour un an, moyennant 600 fr., payables par mois : il n'y pas lieu à la preuve testimoniale. — Je lui ai promis 100 fr. pour un mois : ce genre de preuve est admissible.

D'après un usage qui paraît général, le louage des domestiques n'est regardé comme définitivement conclu, qu'autant que des arrhes ont été donnés (1). — Ces arrhes que l'on nomme *denier-à-dieu*, sont considérés comme symboliques ; comme un don fait au domestique ; par conséquent ils ne s'imputent pas sur les gages promis (2).

Bien que le domestique ait reçu des arrhes, le marché ne devient irrévocable, suivant l'usage, que 24 heures après : tant que ce délai n'est pas expiré, chacune des parties peut se dédire : le maître en perdant les arrhes ; le domestique en les restituant (3).

Comment prouver que des arrhes ont été donnés, si le fait est nié ? Par témoins, si le bail n'excède pas 150 fr. : au delà de cette somme, il ne reste que le serment.

Le louage de services finit :

1° Par l'expiration du terme fixé; sauf l'effet de la tacite réconduction;

2° Par l'accomplissement de l'ouvrage, lorsqu'il s'agit d'une entreprise déterminée;

tion des domestiques : cette distinction doit dominer dans notre sujet.—Les domestiques et les ouvriers sont assujettis à des règles spéciales de police. *Voy.* les décrets du 3 octobre 1810 et du 25 septembre 1813.

(1) On ne donne que rarement le denier-à-dieu au gens de travail : presque dans toutes les localités, ils se rendent à certaines époques sur la place publique et ils partent de là pour se rendre à leurs travaux, après avoir pris des arrangements avec le maître eu égard au prix courant; cette assemblée se nomme *la louée*.

(3) Dur. t. 17, n. 233. Troplong, n. 849.

(2) Duvergier, n. 283. Dur. ibid.

3° Lorsque l'une des parties manque à la loi du contrat;

4° Par l'effet de la force majeure qui met obstacle à l'exécution de l'ouvrage. — La force majeure peut tomber soit sur la personne du maître, du domestique, ou de l'ouvrier, par ex., si l'un ou l'autre décède; soit sur la chose à laquelle les services devaient être employés, par ex., si cette chose a péri.

1780 — On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée (1).

= La liberté étant inaliénable, la loi devait déclarer non obligatoire, le contrat par lequel une personne engagerait ses services pour toute sa vie.

Comme on ne peut, en principe, faire indirectement ce que la loi défend de faire ouvertement, il est clair que la nullité s'étend aux engagements même limités à un certain temps, et aux entreprises déterminées, qui imposent de semblables liens : Tel serait le cas où un ouvrier s'obligerait à rester au service du maître, tant que durera l'exploitation d'une carrière qui ne s'épuisera que dans cent ans. — On donne encore pour exemple, la convention par laquelle un domestique âgé de 40 ans, s'engagerait pour 60 ans, ou même pour toute la vie d'un maître bien portant et plus jeune que lui. — Les tribunaux sont appréciateurs des circonstances (2).

Observons, que la loi n'établit de restriction que pour la durée des engagements de l'ouvrier ou du domestique : le maître peut donc s'obliger à garder indéfiniment la personne qu'il prend à son service : il n'y a rien, dans cette convention, de contraire à la liberté ni par conséquent à l'ordre public (3).

Cette nullité est d'ordre public : elle peut dès lors être invoquée, non-seulement par le domestique ou l'ouvrier; mais encore par le maître (4).

L'inexécution des engagements que notre article prohibe, peut-elle donner lieu à des dommages-intérêts? Non, évidemment : les dommages-intérêts supposent que l'obligation peut se résoudre ainsi, et dès lors qu'elle est valable : or, nous le répétons, les engagements temporaires, ou pour une entreprise déterminée, sont seuls autorisés (5).

(1) Ce principe a été puisé dans la constitution des droits de l'homme, 24 juin 1793 et dans l'art. 15, de la constitution du 8 fructidor an III.

(2) Dur. n. 226, t. 17. Troplong, n. 852. Duvergier, n. 284. Marcadé, art. 1781. Douai, 2 février 1850. Dev. 1851, 2, 182. Dall. 1851, 2, 133.

(3) Troplong, n. 857. Douai, 2 février 1850. D. p. 51, 2, 133.

(4) Duvergier, n. 285. Zach. t. 3, p. 35. Marcadé, art. 1481. Dur. n. 226. Bordeaux, 23 janvier 1827. — Troplong, n. 853 et suiv., prétend que la nullité est relative: mais l'erreur est évidente.

(5) Duvergier, n. 286. Troplong, n. 855. Dur. n. 226. Zach. t. 3, p. 35. Bordeaux, 23, janvier 1827.—On peut opposer un arrêt de Paris, 20 juin 1826; dans l'espèce sur laquelle

Il est bien entendu, que le maître ne pourrait se dispenser de payer les services qu'il aurait reçus avant la demande en nullité : mais alors, le juge apprécierait ce qui serait dû, d'après la nature des services et les usages locaux, sans avoir égard au prix stipulé dans la convention (1).

La durée des engagements peut être déterminée ou indéterminée; occupons nous d'abord du premier cas :

La détermination de la durée, peut résulter soit de la convention, soit de l'usage des lieux, soit de la nature du travail.

De la convention : Par ex., si j'ai loué un ouvrier a tant par jour ou à tant par mois, l'engagement cesse à l'expiration du jour ou à la fin du mois. Observons à cette occasion, qu'on ne doit pas en général admettre cette induction, lorsque le bail est fait à tant par an : ainsi, les domestiques de ville et les jardiniers, quoique loués à tant par an, ne sont pas censés engagés pour un an.

Dans l'usage, on prend ce terme uniquement pour fixer l'importance des gages : nul doute que les serviteurs peuvent quitter leur maître et réciproquement, que le maître peut renvoyer ses domestiques même sans cause légitime, avant qu'il ne soit expiré et cela sans encourir de dommages-intérêts : de tels engagements sont indéfinis, sauf résiliation.

Quant aux domestiques et aux ouvriers destinés à la culture, nous déciderons autrement : ils sont censés louer leurs services pour un an, parce que les travaux agricoles doivent être continués sans interruption et exécutés à des époques déterminées par les usages locaux. — D'ailleurs, l'humanité ne permet pas, qu'après avoir employé un domestique ou un ouvrier pendant les beaux jours, on le renvoie dans la morte-saison, en le livrant sans ressources à tous les besoins qu'engendrent les temps rigoureux de l'hiver.

Ainsi, gardons-nous de confondre le louage des services à tant par an, avec le louage des services pour une année.

En certains pays, les locations de services pour les travaux des champs, commencent à des époques fixes (2).

De l'usage des lieux : Par ex., d'après un usage général, ainsi que nous venons de le dire, les domestiques employés aux travaux de la campagne, sont censés loués à l'année.—Les gens de travail qui louent leurs services pour la moisson ou pour la vendange, s'engagent tacitement jusqu'à la fin de l'opération, encore qu'ils soient payés à tant par jour.

De la nature des travaux, lorsque l'entreprise *est déterminée.*—

cet arrêt a statué, l'engagement n'était pas contracté par le domestique, mais par le maître : la convention était donc licite. *Voy.* annotation de Devilleneuve sur l'arrêt de Bordeaux et sur l'arrêt de Paris.

(1) Duvergier, n. 286.

(2) Loi du 2-3 juin 1790, art. 12, ordon. des 15 août 1821, 3 avril 1822, 15 décembre 1824 8 mars 1825.

Pour qu'une entreprise soit déterminée, dans le sens de notre article, il faut : 1° quelle ait pour objet un travail manuel à exécuter; un ensemble d'actes concourant à un but unique et devant s'effectuer dans un temps limité; — 2° que ce travail soit défini : je loue mes services pour faire un terrassement de tant de mètres de longueur et de hauteur, ou pour extraire d'une carrière tant de tombereaux de terre : voilà des entreprises déterminées; — je me présente comme cuisinier, comme cocher, comme valet de chambre : mes services, assurément, sont déterminés, quant à leur objet : mais, ce n'est point là une entreprise déterminée, puisqu'il s'agit de travaux de nature à se répéter indéfiniment sans terme fixe : je pourrai donc rompre cet engagement quand bon me semblera, et le maître pourra me renvoyer à toute époque (Troplong n° 858).

Dans les divers cas de location de services pour une entreprise déterminée ou pour un temps limité, le serviteur ne peut suspendre ses travaux sans le consentement du maître; — de son côté, le maître ne peut renvoyer ceux qui lui doivent leurs services, avant l'expiration du terme fixé, ou avant que l'entreprise, objet du louage, ne soit terminée, quelque prolongée que puisse être la durée des travaux.

La règle souffre exception, lorsque des causes graves de résiliation du contrat sont survenues; notamment, lorsqu'un événement de force majeure s'oppose à ce que les travaux soient continués : « Par ex. (dit Pothier n° 165) : j'ai fait marché avec des vendangeurs, pour venir vendanger ma vigne, à raison de tant pour leur journée : si le temps s'est mis à la pluie et que j'aie été obligé de renvoyer mes vendangeurs, je dois être déchargé envers eux de la somme que je leur avais promise pour leur journée.—Si le mauvais temps n'est survenu que depuis leur journée commencée, je ne devrai le prix qu'au prorata du temps qu'ils auront travaillé et qui court jusqu'au moment où je les aurai renvoyés. » — On donne encore pour exemple, le cas où le domestique serait appelé par le recrutement au service militaire.

Si des domestiques ou des ouvriers loués pour un temps déterminé tombent malades, le maître est-il autorisé à retenir une partie de leurs gages, eu égard à la durée de leur maladie? Pothier (n° 168) répond ainsi : « Lorsqu'un homme me loue son service d'une année, pour une certaine somme, cette somme est dans l'intention des parties contractantes le prix des services effectifs que je compte qu'il me rendra : ainsi, je ne dois pas le prix entier, lorsque je n'ai pas reçu tous les services. » — Toutefois, il admet le tempérament suivant : « Je conviendrai assez qu'une légère indisposition, qui aurait empêché un serviteur ou un ouvrier de rendre service à son maître, pendant quelques jours dans une année, ne doit faire obtenir au maître aucune diminution sur l'année de gages qu'il lui doit : le

maître a dû compter en quelque façon là-dessus; y ayant peu de personnes qui n'aient quelque légère indisposition dans le cours d'une année. »

Appliquez la règle, au cas où des ouvriers louent leurs services à la journée : s'ils tombent malades, le maître est en droit de retenir une partie du salaire stipulé.

A fortiori, doit-on décider ainsi, à l'égard du domestique ou de l'ouvrier qui n'est pas engagé pour un temps déterminé ; car le maître est toujours libre de le renvoyer. (Voy. *infra*. p. 159).

L'incapacité du domestique ou de l'ouvrier, son inconduite, son insubordination, sont pour le maître des raisons suffisantes d'expulsion.

La mort du serviteur ou de l'ouvrier, est dans tous les cas une cause de résolution du contrat : les héritiers ne peuvent exiger que les journées de travail faites par lui.

Lorsque la force majeure tombe sur le maître, il faut voir quelle a été l'intention des parties : en général, la condition que le prix ne sera dû que si le service est rendu et l'ouvrage accompli, se présume facilement ; surtout, lorsque le contrat n'a pas eu de commencement d'exécution : la force majeure dispense alors le maître de payer le salaire. Mais s'il y avait eu commencement d'exécution, il serait équitable d'accorder à l'ouvrier ou au domestique, le salaire promis : telle était la règle de la loi romaine (1). — Par ex. je loue un domestique, moyennant 200 fr., pour m'accompagner dans un voyage : si je meurs avant mon départ, le domestique n'aura rien à exiger de mes héritiers ; si je meurs en voyage, la somme sera due.

Nous poserons même comme règle générale, que le louage finit par la mort du maître, s'il est démontré que ses qualités personnelles ont déterminé principalement le domestique ou l'ouvrier à contracter.

Hors le cas de force majeure ou de causes graves, celle des parties qui manque à ses engagements, doit à l'autre des dommages-intérêts (1142) : ainsi, le domestique ou l'ouvrier qui quitte son maître volontairement, même pour des motifs honorables ; par ex. pour se marier, pour aller donner des soins à ses père et mère malades ou infirmes, ou pour prendre du service militaire (2), doit l'indemniser ; mais en pareils cas, les tribunaux se montrent modérés dans l'appréciation du dommage.

Lorsque le serviteur ou l'ouvrier a été poursuivi pour crime ou délit, on distingue : s'il a pris la fuite ou s'il a été condamné, il doit des dommages-intérêts, puisque le contrat est rompu par son fait. — S'il est acquitté, le maître n'a rien à réclamer : il doit subir les

(1) L. 38, ff. Loc. cond. L. 19, § 10, ibid. L. dernière ff. Rhodiâ de jactis.

(2) Pothier, n. 171. Troplong, n. 876. Duvergier, n. 294.—Suivant Dur., t. 17 n. 237, l'engagement volontaire ne soumet pas le serviteur à des dommages-intérêts.

conséquences de la force majeure ; seulement, comme il a pu se pourvoir d'un nouveau serviteur, il n'est pas tenu de reprendre le premier si l'arrestation a duré longtemps.

Le maître affranchit le domestique ou l'ouvrier de ses obligations et se rend même passible de dommages-intérêts, lorsqu'il refuse de lui donner les choses nécessaires à la vie ; lorsqu'il manque vis-à-vis de lui, aux égards que tout homme peut exiger ; lorsqu'il ne le paye pas régulièrement ; enfin, lorsqu'il le renvoie sans raisons suffisantes, avant le terme fixé par la convention.

Le maître serait encore tenu de dommages-intérêts, s'il avait empêché par son fait, les domestiques et les ouvriers qui ont loué leurs services pour une entreprise déterminée, de remplir leurs obligations : « Par ex., dit Pothier (n° 167), si le maître ayant pris plus de vendangeurs qu'il ne lui en fallait, la vendange finit plusieurs heures avant la fin de la journée, et que n'ayant plus de quoi les occuper, il soit obligé de les renvoyer, il ne doit pas pour cela leur faire aucune diminution sur le prix de leur journée. »

Les tribunaux apprécient les circonstances qui peuvent légitimer la résiliation du bail, et fixent les dommages-intérêts qui doivent être payés, soit au maître, soit au domestique ou à l'ouvrier.

Ordinairement, les dommages-intérêts prononcés contre le maître, consistent dans le montant des gages, pour tout le temps qui reste à courir jusqu'à la fin du bail. — Suivant Pothier (n° 173) et Dur. (t. 17, n° 235), il faut déduire sur cette somme, ce que le serviteur pourra vraisemblablement gagner ailleurs, pendant ce temps, en faisant l'estimation au plus bas prix : mais, ne serait-il pas souverainement injuste de compenser une perte certaine, avec un gain éventuel et incertain (1) ?

Si le maître qui faisait valoir ses biens, se décide à les affermer pendant le cours de l'année, est-il dégagé envers les serviteurs qu'il a loués, s'il a stipulé que le fermier les emploiera ? Distinguons : les domestiques attachés au service de la personne ou du menage du maître, ne peuvent être placés contre leur volonté sous la dépendance d'un tiers. — Quant à ceux qui sont destinés à des travaux déterminés, ou qui n'ont point eu en vue la personne avec laquelle ils ont contracté, peu leur importe le changement qui s'est opéré : toutefois, leur premier maître sera garant, qu'on n'exigera d'eux que le même travail et qu'on les paiera exactement. — S'ils préfèrent se retirer, on ne leur devra point de dommages-intérêts.

La tacite réconduction a lieu en matière de louage d'ouvrage, comme lorsqu'il s'agit du louage des choses : c'est-à-dire, que dans le cas de location pour un temps déterminé, si les domestiques ou

(1) *Voy.* Encyclop., des juges de paix, v° domestiques.

les ouvriers continuent leurs services ou leurs travaux après l'expiration de ce terme, un nouvel engagement s'opère entre eux et le maître, aux mêmes conditions que le premier, à l'exception de la durée, qui est alors fixée par l'usage des lieux.

Lorsque la durée des services n'est déterminée, ni par la convention, ni par l'usage des lieux, ni par la nature des travaux, chacune des parties peut résilier le contrat quand bon lui semble, en prévenant l'autre un certain temps d'avance, suivant l'usage des lieux (1). —La loi d'égalité, base fondamentale de nos institutions, veut que le maître et l'ouvrier soient soumis à des obligations réciproques.

Le délai à Paris, est de huit jours, pour les domestiques attachés à la personne ou au ménage du maître.

Le maître a le droit de renvoyer son domestique sur-le-champ, en lui payant ses gages et sa nourriture pour huit jours. Il est affranchi comme de raison de cette obligation, si le renvoi a eu lieu pour une cause grave. — Réciproquement, le domestique peut quitter son maître de suite; mais alors, il ne peut prétendre à ses gages ni à sa nourriture pendant le délai de huit jours, à moins qu'il n'ait des causes graves à lui reprocher.

Dans l'un et l'autre cas, le juge prononce eu égard aux circonstances.

A l'égard des ouvriers, il n'y a point d'usage général sur le délai des congés, chaque profession à ses usages particuliers.

Il nous reste à faire observer, que l'art. 1780 ne concerne que les domestiques et les ouvriers. — Un entrepreneur engagerait donc valablement ses services pour une entreprise déterminée, dont la durée pourra se prolonger pendant un siècle : rien ne l'empêche d'ailleurs de se faire remplacer par des auxiliaires ou de sous-bailler l'entreprise.

Jugé, que la convention par laquelle un médecin s'oblige à donner pendant toute sa vie les soins de son art à une personne, n'est contraire ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, et qu'elle n'est prohibée par aucune loi (2).

1781 — Le maître (3) est cru sur son affirmation :

(1) Henrion de Pausey. Comp. chap. 30. Duvergier n. 288. Dur. t. 17, n. 229, 255 et suiv. Zach. t. 3, p. 35. Troplong, n. 863 et suiv. Bruxelles, 19 janvier 1818. Cass., 18 avril 1831. —Pothier, n. 176, attribue au maître seul cette faculté, mais il n'était pas de notre époque.

(2) Cass. 21 août 1839. Dall. n. 27. Dev. 1839, 1, 663. Pal. 39, 1, 204.—N'est-ce point là s'attacher trop rigoureusement aux termes de la rubrique, sous laquelle l'art. 780 se trouve placé? Comment prétendre en thèse générale que le médecin ou autre, qui exerce une profession libérale, n'engage pas sa liberté, lorsqu'il s'oblige pour toute sa vie à suivre en tous lieux, une personne plus jeune que lui à laquelle il promet ses services? Peut-être la décision de la Cour de cassation se ressent-elle du peu de faveur qu'inspirait dans l'espèce jugée, celui qui plaidait contre le médecin.

(3) La loi désigne ici sous la dénomination de *maître*, celui envers qui les domestiques et

Pour la quotité des gages ;
Pour le payement du salaire de l'année échue ;
Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante.

= Si les parties ont réglé leur position par *écrit*, l'acte doit évidemment faire foi (1).

Notre article suppose que le contrat est purement verbal, ou que des à-comptes ont été payés sans quittances ; ce qui se présente le plus fréquemment. Il déroge au droit commun sous deux rapports : suivant l'art. 1369, on ne doit recourir au serment qu'à défaut de toute autre preuve ; or, les gages des domestiques sont souvent au-dessous de 150 fr. : si l'on appliquait les principes généraux, des témoins pourraient donc être entendus même sans commencement de preuve par écrit (1341): mais l'art 1781 exclut ce genre de preuves et ne permet que le serment. — Aux termes de l'article 1366, il est facultatif au juge de déférer le serment à l'une ou à l'autre partie (1366) : l'article 1781 porte, que le maître est cru sur son *affirmation ;* bien entendu sous serment (2). En conséquence, quelle que faible que fût la confiance qu'il méritât, le juge ne pourrait déférer le serment à l'ouvrier, ou ordonner, sur la demande de ce dernier, la preuve testimoniale. Le texte est impératif : *dura lex sed lex.* — Mais rien n'empêche le maître de renoncer à son droit (3).

Pourquoi ces dispositions exceptionnelles? La première a pour but de prévenir une multitude de petits procès : peut-être aussi la preuve testimoniale a-t-elle paru, sinon impossible, du moins très-dangereuse en pareille matière, à cause des coalitions que les ouvriers ou les domestiques pourraient former contre le maître.— La deuxième est fondée sur cette considération, que le maître, par son éducation, par ses habitudes et par son état social, paraît plus digne de foi que le domestique.— On a pensé en outre, que dans l'intérêt même des ouvriers et des domestiques, il importait de rendre facile la preuve des à-comptes, afin que le maître se laissât aller plus facilement à donner (4).

La loi ne distingue pas, quant aux effets de l'affirmation, entre le cas où le maître est demandeur et celui où il est défendeur.

La dénomination de *maître,* comprend ici tout individu qui a pris à son service un domestique ou un ouvrier, encore bien qu'il soit lui-même au service d'un autre.

ouvriers ont engagé personnellement leurs services, quand même il serait dans un état de dépendance vis-à-vis d'une autre personne.

(1) Toullier, t. 10, n. 448. Duvergeir, t. 4. n. 304. Troplong, t. 4, n. 882.

(2) Marcadé, art. 1781. Merlin. Rép. v° Affirm. Troplong, n. 883. Duvergier, f. 4, n. 305 et suiv. Dur. t. 17, n. 236. Toullier, n. 453.

(3) Troplong, n. 886. Cass. 21 mars 1827.

(4) Cass. 21 mars 1827.

L'art. 1781, avons-nous dit, consacre une règle exceptionnelle : il faut donc restreindre cette règle dans ses termes : or, elle ne statue que pour la quotité des gages, pour le paiement des salaires de l'année échue, et pour les à-comptes donnés sur l'année courante : On rentre, par conséquent, dans le droit commun, lorsque la contestation s'élève sur l'existence, sur la durée ou sur la résiliation du contrat, sur la demande en remise d'effets et autres objets que le domestique ou l'ouvrier prétend avoir apportés dans la maison du maître (1).

Le même article suppose qu'il y a louage de services; c'est-à-dire, que la contestation s'élève avec des domestiques proprement dits, avec des ouvriers ou avec des gens de travail, (*voyez* p. 152, notes), à l'occasion de leurs gages ou salaires : il est donc inapplicable, quand il s'agit de travaux exécutés à *prix fait ;* c'est-à-dire, du louage d'industrie (2), et *à fortiori,* des honoraires dus à un précepteur, à un secrétaire ou à un intendant : la loi d'égalité reprend alors son empire (3) ; on applique les art. 1787 et suiv.

Enfin, la loi ne parle que de l'année échue qui peut être due ou avoir été payée en entier, et de l'année courante sur laquelle des à-comptes auraient été fournis : le maître n'est donc pas cru sur son affirmation, quand les à-comptes excèdent ce qui est dû pour ces années, et bien moins encore, lorsqu'il s'agit des années antérieures : D'ailleurs, dans ce dernier cas, la créance est prescrite (2272), sauf, bien entendu, l'application de l'art. 2275.

Que doit-on décider à l'égard des ouvriers et des gens de travail dont l'action se prescrit par six mois (2271, alin. 3) ? Évidemment, l'affirmation du maître ne peut être admise que pour les six derniers mois.

Il importe peu que les sommes payées par le maître l'aient été comme à-comptes, ou à titre de prêt : « Ce ne serait là, dit Troplong (n. 884), qu'une fausse couleur ; car de telles avances ne peuvent être autre chose que des prêts remboursables en journées de travail. »

Aux termes de la loi du 25 mai 1838, le juge de paix est seul compétent pour connaître des questions qui s'élèvent sur l'exécution des engagements respectifs du maître et de ses domestiques, ou gens de travail ; savoir : jusqu'à 100 fr. sans appel, et à charge d'appel, à quelque chiffre que s'élève la demande.

— Le tribunal de paix peut-il connaître de la demande formée par un domes-

(1) Dur. n. 236. Duvergier, n. 306 et 312. *Voy.* cep. Troplong, n. 888.

(2) Duvergier, t. 2. n. 308. Troplong, n. 889. Dur. t. 17. Cass. 12 mars 1834. Dall. Comp. n. 153. Dev. 35, 1, 63.

(3) Troplong, Louage, n. 887. Prescription, t. 2, n. 975. Duvergier, t. 2, n. 278, 308. et suiv. Zach. p. 37, t. 3. Cass. 12 mars 1824. Paris, 14 janvier 1825. Bourges, 30 mai 1829, Rouen, 10 juillet 1843. Dev. 1844, 2, 34.—*Voy.* cep. Delv. t. 3, p. 211 et Dur. t. 17. n. 227, note : ces auteurs désignent sous la dénomination de domestiques, toutes les personnes qui font partie de la maison : *Domestici qui sunt ex domo.* Mais cette opinion est isolée.

tique, en restitution de ses effets? — Cette restitution, dit Duranton n. 239, t. 17, tient essentiellement aux rapports de la domesticité; car le domestique n'a pu entrer chez le maître et y demeurer sans avoir des effets à son usage personnel. — C'est là méconnaître l'esprit de l'art. 1781 : il faut en effet distinguer deux sortes d'engagements, dont le maître peut se trouver tenu envers le domestique ou l'ouvrier : ceux qui résultent directement du contrat de louage et ceux qui résultent accidentellement des rapports établis entre le maître, le domestique ou l'ouvrier : or, la loi de 1838 n'attribue aux juges de paix, que la connaissance des différends qui s'élèvent à raison de la durée des services et du prix des salaires (1).

Les héritiers ou ayants cause du maître, poursuivi par l'ouvrier ou le domestique, peuvent-ils se prévaloir du bénéfice de l'art. 1781; ou sont-ils tenus de s'en rapporter à l'allégation de l'ouvrier ou du domestique sur le montant des gages ou salaires? — Le serment que le maître doit prêter, porte sur un fait personnel : ses héritiers peuvent ne pas avoir une connaissance suffisante de ce fait. — Toutefois, si l'héritier habitait avec le maître, on devrait le considérer comme maître, et admettre en conséquence son affirmation. — Ainsi, nous appliquerons l'art. 1781 à la veuve du maître ; car elle avait les mêmes rapports que le défunt avec les domestiques : mais on rentre dans le droit commun, quand il s'agit de toutes autres personnes (2).

La règle de l'art. 1781 est-elle applicable aux réclamations des cochers des voitures de place contre les entrepreneurs de ces voitures? — Les cochers ne sont ni des domestiques, ni des ouvriers; ce sont des facteurs préposés par l'entrepreneur ; des serviteurs pour le commerce (3). — Appliquez la même décision au cas de contestation entre un commis-négociant et son maître (4).

SECTION II.

DES VOITURIERS PAR TERRE ET PAR EAU.

On nomme *voituriers* (5), *sensu lato*, tout individu qui se charge, moyennant un certain prix, du transport soit par terre soit par eau, des personnes ou des marchandises.

Cette dénomination générale comprend non-seulement les entrepreneurs, c'est-à-dire, les personnes dont la profession consiste à faire habituellement des transports, soit à prix fixe, soit à prix débattu, tels que les voituriers proprement dits et les commissionnaires de transports ; mais encore celles qui s'en chargent accidentellement, moyennant une certaine rétribution; c'est-à-dire, les voituriers particuliers.

Les transports constituent une opération commerciale, lorsqu'ils s'effectuent par entreprise: hors ce cas, ils appartiennent exclusivement au droit civil.

(1) Duvergier, n. 312. Troplong, n. 888. Cass. 22 frimaire an IX.

(2) Toullier, n. 449 et 450. Duvergier, n. 307, t. 2. Troplong, n. 890. Zach. p. 36, n. 8.

(3) Troplong, n. 887. Zach. 3, p. 37. Cass. 30 décembre 1828. Rouen, 16 novembre 1826.

(4) Lyon, 30 mai 1838. Dev. 1838, 2, 426, Paris, 7 mars 1835. Dev. 1835, 2, 235.

(5) Dans le commerce, on nomme *expéditeur*, celui qui envoie les marchandises ;—*consignataire*, celui à qui elles sont adressées ;—*commissionnaire*, celui qui se charge de les faire transporter ;—et *voiturier*, celui qui les transporte (art. 97 et 98, Code de comm.).—La dénomination de *voiturier* s'applique dans la section qui nous occupe, même au *commissionnaire* pour transports. *Voy*. art. 96 et 108, C. de comm.

Les marchés qui interviennent entre les particuliers et les voituriers tiennent du *louage de service* et du *dépôt nécessaire :*

Du louage de services ; car le transport n'a pas lieu gratuitement ;

Du dépôt nécessaire ; car le voiturier est soumis, quant à la garde et à la conservation des choses qui lui sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes (1782, 1784, 1952, 2860 C. civ.)

Les voituriers répondent, non-seulement de la perte des marchandises confiées à leurs soins ; mais encore des avaries qu'elles ont éprouvées pendant le trajet et même du retard, si elles ne sont point parvenues à destination dans le délai convenu ; à moins qu'ils ne justifient d'un cas de force majeure. — Suivant les principes que nous avons admis en matière de louage, la force majeure impose l'obligation à celui qui veut s'excuser, de démontrer qu'il n'est pas en faute (*voyez* les art. 1732, 1733, 1953 et 1954).

La responsabilité du voiturier commence au moment où il reçoit la chose, et celle des entrepreneurs, dès que cette chose a été remise sur le port, dans l'entrepôt ou dans le bureau à ce destiné, pour en effectuer le transport, à une personne qu'ils ont préposée pour la recevoir. Il n'est pas nécessaire qu'elle ait été chargée sur la voiture ou sur le navire.

Le voiturier ne cesse d'être responsable (sauf le cas de perte ou d'avarie arrivée par force majeure), qu'autant que la chose a été acceptée par le destinataire.

Les entrepreneurs de voitures publiques par terre et par eau sont assujettis à des règles spéciales, nécessitées par leurs rapports multipliés avec le public et par leur manière d'opérer (1785 et 1786) (1).

Tout transport pour compte d'autrui comprend une obligation de faire : mais souvent, le louage des choses se joint au louage de services : par exemple, si un voyageur retient une place dans tel compartiment d'une diligence, dans la malle-poste ou dans un bateau à vapeur, Il y a location de la place ; car à côté de l'opération principale, qui est une entreprise de transport, c'est-à-dire, un louage de services, se trouve le louage d'une chose, employée comme moyen, pour rendre plus commode le transport de la personne : le voyageur a droit à telle place convenue.—Les entrepreneurs se trouvent alors soumis, quant à cette chose, aux obligations imposées au bailleur par l'art. 1719 (Troplong, nº 904).

1782 — Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre du Dépôt et du Séquestre.

(1) *Voy.* les decrets du 14 fructidor an XII, 28 août 1808. Les ordon. du 4 février 1820, 2 septembre 1827 et 16 juillet 1828, et la loi du 28 juin 1829.

= La loi soumet les voituriers quelsqu'ils soient (1), aux mêmes obligations que les aubergistes et par conséquent, aux règles du dépôt nécessaire, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées (*voyez* art. 1953, 1954, C. civ., art. 98, 99, 103, C. de comm.).

Nous verrons (art. 1784) qu'une présomption légale de faute plane sur eux, et qu'ils doivent dès-lors, pour s'affranchir de l'action du réclamant, prouver que la perte ou l'avarie a été l'effet d'une force majeure qui ne leur est pas imputable.

Si le voiturier ne peut s'excuser par la force majeure, le voyageur ou l'expéditeur doit être indemnisé à dire d'experts.

En cas de perte, l'estimation a lieu, savoir : Si la chose a augmenté de valeur depuis l'achat, d'après la valeur qu'elle aurait au moment où la remise devrait s'effectuer ; si elle a diminué de valeur, l'expéditeur est fondé à exiger le prix d'achat (2).

Cette règle ne peut recevoir son application que bien rarement : en effet, comment des experts peuvent-ils estimer des objets qu'ils n'ont pas vus ? Aussi, admet-on en doctrine et en jurisprudence, que le juge peut s'éclairer par tous autres moyens de droit ; c'est-à-dire, par une enquête, bien qu'elle ne soit pas appuyée d'un commencement de preuve ; par un interrogatoire sur faits et articles ; par des présomptions (1363), et qu'il a même, en dernière analyse, la ressource du serment supplétoire (1369) : mais alors, il doit fixer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le serment sera reçu (3).

Il va de soi, que s'il existait une convention qui déterminât la somme dont le voiturier serait responsable en cas de perte, le juge ne pourrait accorder au-delà (Troplong, n. 926).

Peu importe que le contenu des colis n'ait pas été déclaré : aucun texte n'impose aux voyageurs et aux expéditeurs cette obligation : le voiturier est responsable d'un colis ; s'il ne le représente, il doit subir, vis-à-vis du propriétaire, toutes les conséquences de l'avarie ou de la fraude de ses agens ; sauf ensuite leur recours contre eux s'il y a lieu : c'est au voiturier à exiger cette déclaration, s'il veut connaître l'étendue de sa responsabilité (4).

Les règles que nous venons d'exposer sur le cas de perte, s'appliquent également aux cas de fractures ou d'avaries.

Aux termes de l'art. 105, C. de comm. la réception des objets

(1) Même les entrepreneurs de voitures de place, Cass. 1er mai 1855, D. p. 1855, 1, 157.

(2) Pardessus, t. 2 n. 541. Troplong, n. 921.

(3) Toullier, t. 11, n. 256. Troplong, n. 921. Pardessus, n. 541, t. 2. Duvergier, n. 321 et suiv. Marcadé, art. 1786. Paris, 7 juillet 1832, 3 mars 1832. Dev. 1832, 2, 469 ; 1833, 2, 186. Grenoble, 29 août 1833. Dev 1834, 2, 522. Cass. 19 frimaire an VII, 18 juin 1833. Dev. 1833, 1, 706.

(4) Duvergier, n. 329. Cass. 18 juin 1833. Paris, 15 juillet 1834. Dev. 1834, 2, 482. Douai, 17 mars 1847. Pal. 1849, 1, 362. Alger, 16 décembre 1846, Pal. 1847, 2, 300. Dev. 1847, 2, 89, 207 et 510. Paris, 12 janvier 1852. Pal. 1852, 1, 420.

transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier. Le destinataire qui veut conserver ses droits, doit donc visiter la chose avant de la recevoir, faire des réserves ou retenir la somme par lui due pour le transport.

Suivant l'art. 108 du même Code, « toutes actions contre le commissionnaire et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, sont prescrites après six mois pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France, et après un an pour celles faites à l'étranger : le tout à compter, pour les cas de perte, du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué, et pour les cas d'avarie, du jour où la délivrance des marchandises aura été faite ; sans préjudice des cas de fraude ou d'infidélité.

Les art. 105 et 108 du Code de commerce peuvent-ils être opposés à un particulier non commerçant, qui remet, par ex., un colis à un commissionnaire, pour le transporter à sa destination ? Plusieurs auteurs se prononcent pour la négative : ces dispositions, disent-ils, ne sont édictées que par le Code de commerce et pour des marchandises : d'une part, il serait trop sévère de déclarer immédiatement déchu de son droit de réclamation, le particulier qui, par trop de confiance, aurait reçu et payé le port des objets avant d'avoir pu constater leur état ; d'autre part, il ne serait pas moins rigoureux d'éteindre par six mois une action qui doit, en principe, durer trente ans (1). — Cette opinion est contraire aux textes : l'art. 105 est conçu en termes généraux ; l'art. 108 n'est pas moins absolu : ces articles ne distinguent point si l'action est intentée par un commerçant ou par un non-commerçant. D'ailleurs, on ne trouve dans le Code civil aucune prescription particulière à l'égard des voituriers et des commissionnaires : ce silence indique suffisamment, que le législateur a entendu se référer à l'art. 1786, lequel porte, que les entrepreneurs et directeurs de voitures et de roulages publics sont soumis à des règlements particuliers : or, ces règlements ne peuvent être autres que ceux du Code de commerce ; donc, les art. 105 et 108 de ce Code doivent recevoir leur application toutes les fois qu'il s'agit d'une prescription invoquée par un commissionnaire ou par un voiturier (2).

En cas de refus ou contestation pour la réception des objets transportés, l'art. 106 du Code de commerce, détermine les mesures que l'entrepreneur de transports doit prendre pour mettre sa responsabilité à couvert.

(1) Marcadé, art. 1786. Zach., t. 3, p. 44. Troplong, t. 3, n. 928. Toullier, t. 6, p. 310. Cass. 4 juillet 1816. Bordeaux, 5 juillet 1834. Dev., 1839, 2, 522. Cass. 2 août 1842. Dev., 1842, 1, 723. Bordeaux, 26 avril 1849. Dev., 1850, 1, 783; 24 juillet 1850. Dev., 1850, 2, 407.

(2) Pardessus, n. 554. Vaz., Prescrip., t. 2, n. 745. Favard, Prescrip., sect. 4, n. 2. Duvergier, n. 332. Dalloz, Commiss., n. 505 et 506.

Quant au voiturier non commerçant, il doit, en pareil cas, ramener le chargement ou le déposer dans un lieu déterminé soit par le juge de paix, soit par le président du tribunal.

Dans l'un et l'autre cas, le prix du transport est dû en entier ; sans préjudice du remboursement des frais de justice et autres. — Nous supposons, bien entendu, que le voiturier n'est pas en faute.

Si le voiturier a été empêché, par la force majeure, de continuer sa route, quelle est sa position eu égard au prix ? Distinguons : le transport a été empêché par le fait de l'expéditeur ; — il a été empêché par un fait tombant sur le voiturier ; — enfin, ce fait est étranger à l'expéditeur et au voiturier ; — *Au 1er cas*, l'expéditeur doit au voiturier le prix en totalité, ou du moins une indemnité ; — *Au 2e cas*, il ne doit le prix qu'en raison du profit que lui procurera le transport dans le lieu où l'événement est arrivé ; — *Au 3e* cas, on distingue : si le transport a été effectué, le prix est dû en totalité, bien que par un cas de force majeure le déchargement n'ait pu avoir lieu. Il en serait de même si la voiture ou le navire avait été arrêté en route ; — si le trajet n'a pas commencé, le contrat est résolu sans dommages-intérêts de part ni d'autre : chacun des contractants supporte sans recours les frais qu'il a faits (1).

Le voiturier a un privilége, pour le payement de ce qui lui est dû, sur les objets qu'il a transportés (2102, n. 6).

Ainsi que nous l'avons déjà dit, la responsabilité du voiturier commence au moment où les choses sont placées sous sa garde ; ce qui nécessite le concours de deux conditions ; il faut :

1° Qu'il y ait eu transport dans son domicile, dans ses magasins ou dans ses entrepôts, pour en opérer le chargement (1783) ;

2° Que les choses aient été remises sinon à lui-même, du moins aux personnes qu'il a préposées pour les recevoir ; ce qui exclut ses domestiques, s'ils n'ont pas reçu mission à cet effet ; tout dépend d'un point de fait à vérifier.

Mais comment établir la preuve de ce dépôt ? Doit-on appliquer ici la règle de l'art. 1950 sur le dépôt nécessaire ? Non, évidemment : la loi soumet le voiturier à la même responsabilité que l'aubergiste, lorsque la chose reçue dans ses magasins, par une personne ayant qualité, se trouve placée sous sa garde (1783) ; lorsque le dépôt est prouvé (1782) : mais elle garde le silence sur la preuve du dépôt : par conséquent, il faut revenir aux principes généraux (1315) établis sur les preuves. — Le législateur a considéré qu'on ne pouvait, sous ce rapport, traiter le voiturier avec la même rigueur que l'aubergiste ; car le voyageur qui arrive dans une hôtellerie, ne peut

(1) Troplong, n. 910 et suiv. Pardessus, Dr. Comm., n. 551, t. 2.

exiger un récépissé de ses malles et paquets; tandis que l'expéditeur ou le voyageur a toute liberté pour se procurer un écrit.

Ainsi, distinguons : quand l'expéditeur a traité avec une personne qui s'est chargée accidentellement du transport, les règles ordinaires sur la preuve testimoniale (1341) exercent leur empire; car le contrat du louage est entièrement du domaine du droit civil : En conséquence, l'enquête peut avoir lieu jusqu'à concurrence de 150 fr. sans commencement de preuve par écrit; au-delà de cette somme il faut un commencement de preuve (1). — Si la personne chargée du transport est un voiturier de profession, l'acte est commercial : l'expéditeur peut faire entendre des témoins sans commencement de preuve; à quelque chiffre que s'élève l'objet du débat (art. 109 et 632, C. de comm.) (2).—Peu importe que l'expéditeur ne soit pas commerçant : le voiturier ne fait pas moins un acte commercial (3); seulement, comme il n'y a dans ce cas, acte de commerce que de la part du voiturier, le destinataire peut assigner à son choix, soit devant la juridiction commerciale, soit devant le tribunal civil (4).

Dans le commerce, on constate ordinairement par une lettre de voiture, l'objet et la condition du transport : cette lettre fait titre contre et pour le voiturier quand elle est représentée : on n'est même pas admis à combattre les énonciations qu'elle renferme (art. 101 et 102, C. de Comm.) (5).

1783 — Ils répondent non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt pour être placé dans leur bâtiment ou voiture.

= Pour que le voiturier devienne responsable, il faut que son attention soit appelée sur la chose à transporter : la loi n'exige pas que cette chose ait été chargée dans le bâtiment ou sur la voiture ; il suffit qu'elle ait été remise sur le port ou dans les magasins du voiturier, à l'un de ses préposés, pour en opérer le chargement.

Il est bien évident, qu'on ne peut considérer comme préposé d'un entrepreneur, à l'effet de recevoir la chose à transporter, les domestiques attachés à sa personne, s'ils sont complétement étrangers au factage (1).

La force des choses a fait accorder aux conducteurs de voitures

(1) Duvergier, n. 321. Dur. n. 242, t. 17, n. 311, t. 18. Troplong, n. 908.

(2) Marcadé, art. 1786. Paris, 15 juillet 1834. Dev. 1834, 2, 482.

(3) Voy. cep. Troplong, n. 908.

(4) Cass. 12 décembre 1836. Dev. 1837, 1, 402. Bourges, 23 novembre 1835. Dev. 1837, 2, 412, 466.

(5) Pardessus, n. 539.

(6) Pardessus, n. 554. Troplong, n. 933. Duvergier, n. 327. Cass. 5 mars 1811, 29 mars 1814. Toulouse, 9 juillet 18 9.

publiques, qualité pour recevoir des chargements sur la route ou aux relais (1): mais la règle reprend toute son autorité dans les lieux où il existe des bureaux : la responsabilité de l'entrepreneur n'est alors engagée, qu'autant que le dépôt a eu lieu entre les mains des facteurs. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point; nous ne connaissons pas d'arrêt contraire (2).

Il est même généralement reconnu, que les entrepreneurs de messageries, sont responsables, bien que l'inscription sur leurs registres n'ait pas eu lieu, des paquets, sacs de nuit et autres objets que les voyageurs ont coutume de porter avec eux, s'il est prouvé soit par la feuille de voyage, soit de toute autre manière que ces objets ont été confiés au conducteur (3).

1784 — Ils sont responsables de la perte et des avaries (4) des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure.

= L'art. 1782 déclare le voiturier responsable et détermine le degré de faute dont il est tenu.—L'art. 1784, plus sévère encore, établit contre lui une présomption de faute (1953, 1954).

Placé dans la catégorie des dépositaires forcés ou salariés, le voiturier ne peut donc excïper des cas fortuits ou de la force majeure, pour se dispenser de la garantie de la perte ou de la détérioration des choses confiées à sa garde, qu'en justifiant qu'il n'y a eu ni imprudence ni incurie de sa part, et qu'il a été dans l'impuissance de prévenir ou d'atténuer les effets de l'événement (5).

Par ex., lorsque des futailles n'arrivent pas pleines; lorsque des marchandises susceptibles d'être endommagées par l'eau, sont avariées; ou lorsque des choses fragiles sont brisées, il y a présomption de faute ou de négligence contre le voiturier; c'est dès-lors à lui de prouver qu'il a pris toutes les précautions possibles pour prévenir les accidents et l'aggravation du mal.

Les voituriers invoquent fréquemment comme excuse, le vice de la chose et le défaut d'emballage; mais ils doivent établir ces faits : la preuve, nous le répétons, est toujours à leur charge.

Les voituriers sont responsables même du retard dans l'arrivée

(1) Zach., p. 41, t. 3. Troplong, n. 933. Pardessus, n. 554, t. 2, ord. du 16 juillet 1818, art. 7.

(2) Troplong, n. 934. Dur. t. 17 n. 245. Cass. 29 mars 1814.

(3) Troplong, n. 935. Dur. n. 245, t. 17. Cass. 19 frimaire an VII.

(4) On nomme *avarie*, toute diminution dans la quantité des marchandises, ou toute détérioration dans leur qualité, survenue par la négligence des voituriers.

(5) Troplong, n. 894. Zach. t. 3, p. 42. Metz, 18 janvier 1815. Paris, 12 janvier 1852. D. p. 52, 2, 244. Cass. 1er mai 1855. D. 1855, 1, 17.

des marchandises dont ils ont entrepris le transport, lorsqu'ils ne justifient pas d'une force majeure qu'on ne peut leur imputer.

Ils doivent prudemment faire constater la force majeure au moment et dans le lieu où elle se manifeste, par un procès-verbal régulier (art. 106 C. de Com.), et dans tous les cas, avant la demande formée contre eux : des certificats obtenus après coup, depuis le procès commencé, seraient insuffisants. Du reste, ce n'est là qu'une mesure de précaution ; les voituriers ont toujours la ressource de la preuve testimoniale (97 C. Com.) (1).

En cas de perte, si le voiturier ne peut prouver la force majeure, il est responsable, comme dépositaire nécessaire, de tous les effets du voyageur ou des colis, dont il s'est engagé à effectuer le transport.

L'indemnité pour réparation du dommage, donne lieu contre le voiturier à la contrainte par corps (Arg. des articles 1728, 1952 et 2060, combinés).

Le voiturier peut-il valablement stipuler que le bris ou la coulure ne sera pas à sa charge? Pardessus se prononce sans distinction pour la négative (2) : « Nul, dit-il, ne peut stipuler qu'il ne répondra pas de ses fautes et délits. » Nous reconnaissons également que toute clause tendant à ce résultat doit être privée d'effet; mais pourquoi refuserait-on au voiturier, la faculté de s'affranchir de la présomption de faute qui pèse sur lui et de rejeter sur l'expéditeur la preuve du fait de négligence? Une semblable convention n'aurait rien d'immoral; elle replacerait les parties dans les termes du droit commun (3). On peut interpréter en ce sens la clause dont il s'agit.

1785 — Les entrepreneurs de voitures publiques par terre et par eau, et ceux des roulages publics, doivent tenir registre de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent

= La loi impose aux entrepreneurs de voitures publiques et de roulages publics, l'obligation d'enregistrer les objets qui leur sont remis pour en effectuer le transport : l'enregistrement doit donc avoir lieu, bien que le voyageur ou l'expéditeur ne le requière pas et même malgré son refus, ainsi que cela résulte du procès-verbal de la discussion au Conseil d'État (Fenet, t. 14 p. 258; Troplong, n. 945).

Toutefois, il faut excepter certaines choses, tels que les sacs de nuit, que les voyageurs conservent près d'eux, parcequ'ils contiennent les objets nécessaires à leurs besoins journaliers : l'entrepreneur

(1) Rennes, 18 janvier 1815. Colmar, 6 janvier 1815. Cass. 18 avril 1831. Dev. 1831, 1, 283. Paris, 20 ventôse an XIII, 1er frimaire an XIV. Bruxelles, 20 juin 1819, 3 mai 1831. Dev. 1833, 2, 186. Cass. 18 avril 1831. Dev. 1831, 1, 283.

(2) T. 2 n. 542 et 553. Marcadé, art. 1786. Cass. 21 janvier 1807.

(3) Troplong, n. 942.

en est responsable, par cela seul que la feuille de route du conducteur en fait mention.

L'entrepreneur allèguerait vainement, que le voyageur ne paie pas le transport de ces sortes de choses : ce prétendu transport gratuit, dit fort bien Duvergier (n. 328), n'est qu'une fiction ; car en fixant le prix des places et du port des paquets, les entrepreneurs de messageries font entrer dans leurs calculs, le petit avantage qu'ils accordent, en permettant à chacun d'emporter son sac de nuit ou son bagage ; en sorte que, réellement, personnes et choses, tout paie. »

L'enregistrement fait preuve du dépôt contre l'entrepreneur : on peut toujours, en cas de perte du bulletin que le voiturier est dans l'usage de remettre à l'expéditeur ou au voyageur, recourir aux registres. — Mais s'il arrive, que cette formalité n'ait pas été remplie : qu'elle est, en cas de perte des objets, la position des parties ?

Distinguons : lorsque le défaut d'inscription est le fait de l'expéditeur ou du voyageur, évidemment, l'entrepreneur ne peut en être responsable, puisqu'on n'a pas réclamé ses soins (1).

Mais que doit-on décider, si le défaut d'inscription est le fait de l'entrepreneur? Le voyageur qui a perdu le reçu de ses bagages, se trouve-t-il à la merci de ce dernier, s'il n'articule pas une fraude caractérisée? Suivant Troplong (n. 954, 955 et 956), la régularité des registres sous tous autres rapports met le voiturier à l'abri du recours : « Entre le voyageur qui affirme sans preuves et l'entrepreneur qui, en sa qualité de défendeur, n'a rien à prouver au soutien de sa dénégation, le juge n'aura pas à hésiter : il renverra l'entrepreneur des fins de la demande. »

Cette opinion nous paraît inadmissible : en présentant aux voyageurs ou expéditeurs un moyen facile de prouver la remise des effets confiés à la garde des entrepreneurs, le législateur a voulu prévenir les contestations qui pourraient naître au sujet de cette remise ; mais elle n'entend pas les priver des autres modes de preuves : son but, est de donner aux voyageurs ou expéditeurs une garantie de plus, et nullement de leur enlever le bénéfice du droit commun. Le voiturier doit faire l'inscription ; cette obligation lui est impérieusement imposée par la loi : S'il ne l'accomplit pas, il se constitue en faute : cette circonstance aggrave sa responsabilité loin de l'atténuer. — Remarquons d'ailleurs, que l'entrepreneur de transports publics est commerçant ; qu'il s'agit ici d'un acte de commerce, et que, dans ces sortes de matières, la preuve testimoniale peut être admise, même au-delà de 150 fr. (art. 109, C. de Com.).

Nous déciderons par suite, que la preuve testimoniale serait admissible, non-seulement à défaut d'inscription ; mais encore contre l'inscription, si elle était inexacte (2).

(1) Duvergier, n. 328. Troplong, n. 947. Toulouse, 9 juillet 1829. Cass. 9 novembre 1829.

(2) Fenet. t. 14 p. 260. Malleville, art. 1786. Zach. t. 3. p. 42. Toullier, t. 6 p. 307. Marcadé, art. 1786.

A fortiori, doit-on appliquer cette décision, lorsque les entrepreneurs ne sont pas dans l'usage d'enregistrer les bagages des voyageurs; ce qui arrive notamment aux compagnies des bateaux à vapeur : comment le voiturier pourrait-il se faire un titre, contre la demande en indemnité, d'une infraction à la règle (1785) qui lui prescrit de tenir des registres? Il ne s'agit plus seulement alors d'une omission, d'un acte isolé de négligence : mais d'une faute habituelle et volontaire, d'une résistance ouverte à une mesure d'intérêt public.

Il est de jurisprudence, que les entrepreneurs de messageries doivent indemniser complétement le voyageur ou l'expéditeur (*Voyez* p. 164).

Passons à un autre ordre d'idées : comment le demandeur peut-il établir, en cas de perte, l'importance du dommage qu'il éprouve : il résulte des règles que nous avons exposées sur ce point (*Voyez* p. 164) que tous moyens de droit lui sont ouverts et que les tribunaux, appréciateurs souverains des circonstances, peuvent s'en rapporter même à son serment, dans les termes déterminés par l'art. 1369: tels sont les principes admis en matière de dépôt nécessaire; principes appliqués au voiturier par l'article 1782 : on ne voit pas pourquoi les entrepreneurs seraient traités avec moins de rigueur que les personnes qui se chargent accidentellement d'un transport.

Quoi qu'il en soit, les entrepreneurs de messageries ont tenté fréquemment d'échapper à l'application de cet article (1369) : ils ont d'abord prétendu, que le voyageur devait s'imputer de ne pas avoir fait reconnaître la nature et la valeur des objets qui leur étaient remis : mais les tribunaux ont considéré que c'était au contraire au voiturier à s'éclairer sur ce point en recevant le dépôt, et qu'il devait subir les conséquences de sa faute (*Voy.* p. 164).

Privés de ce moyen, ils ont cherché à atteindre le même but par une autre voie :

La loi du 24 juillet 1793 (n° 62) limitait à 150 fr. en cas de perte, l'indemnité que les messageries nationales devaient payer aux réclamants : c'etait là une faveur dont jouissait le gouvernement à l'époque où il avait le monopole des postes et des messageries : plusieurs fois, les entreprises particulières prétendirent au même avantage; mais elles ont toujours échoué. — La question d'ailleurs était tranchée par la loi du 25 vendémiaire an 3, qui, tout en déclarant libre ce genre d'industrie, refusait néanmoins, par son art. 3, aux entreprises particulières, le bénéfice des autres dispositions des différentes lois relatives aux messageries nationales. — Aujourd'hui, elle ne peut plus s'élever; car la ferme des messageries ayant été abolie par la loi du 9 vendémiaire an 6, la loi de 1793 se trouve implicitement abrogée (1).

(1) Pardessus, n. 541. Toullier, t. 10, n. 447; t. 11, n. 255. Zach., t. 3, p. 43. Troplong,

Enfin, les messagistes emploient habituellement un autre subterfuge : nous avons vu, que l'expéditeur peut restreindre à une certaine somme, l'indemnité qu'il aura le droit d'exiger, si le colis déposé n'est pas représenté : ils prétendent suppléer à ce pacte en délivrant des bulletins imprimés, portant en note, au bas du récépissé, qu'en cas de perte, l'indemnité ne pourra excéder 150 fr. : quel est l'effet de cette énonciation?

On peut dire en faveur des messagistes, qu'en acceptant sciemment ce récépissé, l'expéditeur se soumet à la condition qui s'y trouve exprimée (1) : mais il nous paraît bien difficile de considérer ce fait, comme un assentiment à de telles prétentions; surtout, si l'on songe que les voyageurs pressés par l'heure du départ et par les préoccupations de l'enregistrement de leurs bagages, ne prennent pas lecture de ces bulletins, et sont même souvent dans l'impossibilité d'en prendre la connaissance. — D'ailleurs, la renonciation au bénéfice du droit commun ne se présume pas; elle doit être formelle, ou du moins, résulter d'un concours de circonstances de nature à écarter le doute : or, nous ne trouvons pas, dans le fait qui nous occupe, la gravité nécessaire pour entraîner la conviction du juge : restreindre à la somme indiquée la responsabilité du voiturier, ce serait exposer les voyageurs à des surprises. — L'art. 101 du Code de commerce dit bien que la lettre de voiture, forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier : ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier : mais l'art. 102 ajoute, que pour obliger l'expéditeur, la lettre de voiture doit être signée de lui. — Si le voiturier ne peut se prévaloir d'une lettre de voiture non signée de l'expéditeur, comment lui accorder le droit de se dégager, par le simple fait de la remise d'un récépissé imprimé, portant subrepticement l'énonciation dont il s'agit? — Ces observations s'appliquent surtout aux compagnies des chemins de fer ; car elles sont investies aujourd'hui du monopole des transports sur les grandes lignes; sans avoir même à redouter la concurrence.

Il nous paraît donc établi, que la responsabilité du voiturier s'étend à la valeur totale, dûment justifiée, des objets confiés à ses soins en cas de perte ou d'avarie de ces objets, et que le cas de force majeure est seul excepté.

Du reste, ce système a été consacré par la jurisprudence ; notamment par un arrêt de la cour de Douai, dont il importe de connaître les termes, car il pose les vrais principes : « Attendu, qu'à

n. 921. Merlin, Rép., v° Voiturier, § 2. Messageries, § 11. n. 4 et 7. Duvergier, t. 2. n. 324. Dalloz, Commissionnaire. ch. 2, art. 5. Cass. 13 vendémiaire an x; 19 frimaire an VII, 6 février 1809 ; 18 juin 1838, Dev., 1838, t. 705. Rouen, 20 février 1816. Lyon, 6 mars 1821. Cass. 18 avril 1828. Paris, 7 juillet 1832, Dev., 1832, 2, 469. Cass. 18 juin 1833. Dev. 1833, 1, 705; 15 juillet 1834. Dev., 1834, 2, 482. Grenoble, 29 avril 1833. Dev., 1834, 2, 522 et 682.

(1) Duvergier, n. 925. Troplong, n. 926.

la demande formée par..... l'administration oppose en premier lieu l'avis imprimé au dos du bulletin qu'elle lui a délivré, et qui porte, *qu'en cas de perte d'effets, il ne pourra jamais être alloué une somme plus forte que celle de* 50 *fr. pour un porte-manteau, et* 150 *f. pour une malle;* mais que rien ne prouve que cette condition ait été acceptée par lui; que ladite Compagnie, obligée d'effectuer le transport de tous les objets qui lui sont remis, moyennant certaines conditions déterminées dans le cahier des charges arrêté pour la concession qu'elle a obtenue, ne pourrait imposer aux expéditeurs une condition qui limiterait ainsi sa responsabilité en cas de perte, qu'autant qu'elle y serait formellement autorisée par la loi; — qu'une telle autorisation n'existe point en sa faveur; — qu'elle se prévaut de l'art. 62 de la loi du 24 juillet 1793, qui fixe à 150 fr. l'indemnité due aux propriétaires d'un paquet perdu; mais que cette loi, faite pour la régie nationale des messageries, constituait un privilége qui ne peut être étendu à des entreprises particulières de transport.....» (1).

La responsabilité du voiturier s'étend-elle aux sommes d'argent, billets, bijoux ou objets précieux, non déclarés, qui se trouvaient dans la malle du voyageur?

Troplong (n° 950,) se prononce pour l'affirmative : Vainement, dit-il, argumenterait-on de l'art. 1785, qui en obligeant les entrepreneurs à tenir registre de l'argent, semble avoir pour conséquence, d'obliger le voyageur à le déclarer : cet article n'a rien d'assez restrictif, pour faire exception à la règle générale posée par l'art. 1369 : pourquoi le voiturier ne représente-t-il pas le colis? Pourquoi la faute retomberait-elle sur le voyageur? Ce dernier n'a-t-il pas déclaré le paquet? L'art. 1785 ne prescrit la déclaration spéciale de l'argent, que quand il doit voyager seul. — L'opinion contraire aurait pour résultat, de rendre complétement illusoire la responsabilité des entrepreneurs : en effet, s'il est nécessaire de préciser les sommes d'argent ou la valeur des bijoux, pourquoi ne pas imposer au voyageur cette obligation, quand il s'agit de choses d'une autre nature? Tous les objets confiés aux voituriers sont placés sur la même ligne par l'art. 1785. — Vainement dit-on, que si le voiturier eût su qu'il y avait de l'argent dans la malle ou dans la valise, il aurait redoublé de soins : on ne peut raisonnablement admettre, que parmi les objets qui lui sont confiés, il en est qui méritent plus de soin que d'autres. D'ailleurs, cette préférence donnée à des sommes d'argent ou à des bijoux, ne se justifierait pas;

(1) Pardessus, t. 2, n. 554. Douai, 17 mars 1847. Pal. 1849, 1, 362. Alger, 16 décembre 1846. Pal. 1847, 2, 300, Lyon, 15 mai 1839. Pal. 1839, 1, 624. Paris, 15 juillet 1834. Dev. 4834, 2, 482.

Il résulte des art. 14 et 16 de la loi du 5 nivose an v, que l'administration des postes, ne doit en cas de perte des effets précieux ou des valeurs en papiers renfermés dans les lettres, même chargées qu'une indemnité de 50 fr. *Voy.* Favard, Postes.

car la malle peut contenir des titres beaucoup plus précieux, des manuscrits, des objets d'affection, des dentelles et autres objets d'un très-grand prix ; ce serait là une inconséquence choquante. Les entrepreneurs n'ignorent pas, que les voyageurs placent ordinairement dans leurs malles de petites sommes nécessaires pour leur voyage et pour les premiers besoins d'arrivée.

Cette opinion s'appuie sur un arrêt de cassation; elle a été consacrée par un arrêt de la cour de Paris, encore tout récent : il résulte de ce dernier arrêt, que le défaut de déclaration de la nature et de la valeur des objets, ne décharge pas l'entrepreneur, muni du billet d'enregistrement du colis qui les renferme, et que cette valeur, alors même qu'il s'agit de diamants et de bijoux précieux, peut être déterminée par les tribunaux, en raison des circonstances et de la position de fortune du voyageur (1).

Nous ne serons point aussi absolu : l'équité veut, que l'attention du voiturier soit appelée sur des objets précieux qui peuvent être facilement soustraits, à raison du peu de volume qu'ils présentent : lorsqu'on lui fait cette déclaration, il dépose les colis dans des lieux soigneusement fermés, à l'abri des accidents. — L'expéditeur doit donc s'imputer de l'avoir mis, par son silence, dans l'impossibilité d'exercer une plus active surveillance, uniquement en vue d'économiser quelques centimes de port. — La jurisprudence paraît fixée en ce sens : il est généralement admis, que le voiturier ne répond des sommes d'argent et des bijoux, qu'au moyen d'une recommandation spéciale, et qu'à défaut de déclaration expresse, il est censé n'avoir reçu et transporté que des effets ordinaires.

Un arrêt de la cour de Douai, détermine ainsi la responsabilité des Compagnies de chemin de fer :

«Attendu que la Compagnie du chemin de fer prétend que sa responsabilité ne peut s'étendre à la somme de... qui, suivant X. voyageur, se trouvait dans sa malle, mais qui n'avait été de la part de ce dernier l'objet d'aucune déclaration spéciale; attendu qu'aux termes de l'art. 45 du cahier des charges, annexé à la loi du 15 juillet 1845, les prix de transport déterminés aux tarifs, ne sont point applicables à l'or ni à l'argent, soit en lingots, soit monnayés ou travaillés, aux plaques d'or ou d'argent, au mercure, au platines aux bijoux, pierres précieuses et autres valeurs, — que les prix de transport de ces objets, sont arrêtés annuellement par le ministre sur la proposition de la Compagnie, — attendu qu'en exécution de cet article, des propositions ont été faites au gouvernement par la Compagnie, pour l'année 1846, et que le 9 juin de ladite année, le ministre des travaux publics a décidé que le transport de l'argent et autres objets précieux ci-dessus indiqués, s'effectuerait aux prix

(1) Cass. 16 avril 1828. Paris, 12 janvier 1852. Pal. 1852, 1, 420. D. p. 52, 2, 294.

des excédants de bagage augmenté de 5 0/0 de la valeur déclarée ;— que les termes de cette décision sont généraux, comme ceux de l'art. 45 du cahier des charges précité auquel il se réfère, et qu'ils s'appliquent aussi bien à l'argent envoyé isolément, qu'à l'argent confondu avec d'autres objets dans le même colis ; — que cette décision, publiée et affichée, en exécution d'arrêtés préfectoraux, dans toute, les stations, avec les autres tarifs dont elle forme le complément, a averti tous ceux qui avaient à expédier des objets de cette nature, qu'ils avaient à en faire la déclaration spéciale et à payer un supplément de prix ; — qu'en ne le faisant pas, ils n'ont pas mis la Compagnie à même de prendre des soins proportionnés à la valeur des objets précieux qu'ils lui confiaient et l'ont privée de la prime qui devait, en cas de perte, servir à l'indemniser du risque qu'elle courait ; — que n'ayant pas satisfait à la double obligation qui leur était imposée, ils ne peuvent, en cas de perte de l'argent, réclamer contre la compagnie, les conséquences d'une responsabilité à laquelle elle n'a pas entendu se soumettre (1).

Toutefois, nous admettons avec Troplong, que le voiturier doit répondre, bien qu'il n'en ait pas été fait de déclarations, des petites sommes, et des objets de toilette que les voyageurs sont dans l'usage de placer dans leurs malles : mais il serait inique, de mettre à sa charge la perte des sommes importantes et celles des bijoux qu'on ne pourrait considérer comme accessoires des effets du voyageur, ou que l'expéditeur n'était pas présumé avoir renfermé dans le colis. Il s'agit d'une appréciation de fait : Le juge doit prononcer eu égard aux circonstances et à la condition des personnes.

1786 — Les entrepreneurs et directeurs de voitures et roulages publics, les maîtres de barques et navires, sont en outre assujettis à des règlements particuliers, qui font la loi entre eux et les autres citoyens.

= Les règlements dont parle cet article, ne concernent pas les rapports résultant du contrat de louage ; ils sont établis principalement en vue de la sûreté des grandes routes et des services publics : néanmoins, les voyageurs et les expéditeurs doivent s'y conformer ; ils ont même le droit d'en réclamer l'observation.

(1) Toullier, t. 11, n. 255. Marcadé, art. 1786, n. 2. Zach. § 373, n. 14. Duvergier, Louage, t. 2, n. 329. Taulier, t. 6, p. 310. Douai, 17 mars 1847. Pal. 1849, 1, 362. Alger, 16 décembre 1846. Pal. 1847, 2, 300. Dev. 1847, 2, 207, 48, 2, 15. Paris, 10 avril 1854. Pal. 1854, 2, 586 D. p. 55, 2, 14.—On invoque à l'appui du sytème contraire, l'arrêt de Paris, du 12 janvier 1852. Pal. 1852, 1, 420, p. 52, 2. 294. Mais cet arrêt a statué en fait plutôt qu'en droit : il avait été reconnu que le sac de nuit où se trouvaient les bijoux, était en la possession du voyageur au moment du départ ; que c'était sur l'insistance des employés de l'administration, qu'il avait été déposé aux bagages ; qu'il résultait du bulletin de chargement que le sac de nuit pesait 6 kilog., au moment où il avait été confié aux agents de la Compagnie et qu'il ne pesait plus que 4 kilog. au moment de la remise, après avoir été égaré pendant 24 heures, depuis l'arrivée à Paris ; que cette différence de poids constatait la disparition d'objets qui paraissaient, quant au volume et aux poids coïncider avec le prix réclamé par le voyageur.

(*Voyez* à cet égard les décrets du 28 avril 1808, 14 fructidor an 12, et 13 août 1813, les ord. des 1er février 1820. 27 septembre 1827, et 16 juillet 1828; les lois du 25 mars 1817, et du 16 juin 1829).

SECTION III.

DES DEVIS ET DES MARCHÉS.

Le louage des entrepreneurs ou (louage d'industrie) diffère de celui des gens de travail, (louage de services) en ce que ces derniers sont payés en raison du temps qu'ils donnent au maître ; tandis que les entrepreneurs reçoivent le prix fixé, après la confection de l'ouvrage, sans égard au temps qu'ils ont employé ; — en d'autres termes, le contrat a pour objet : dans le 1er cas, le travail, soit physique, soit intellectuel; dans le 2e : le résultat du travail.

Ce prix est convenu comme à forfait, soit pour la totalité de l'ouvrage, (*per aversionem*), soit à tant la pièce ou la mesure.

Le propriétaire prudent, qui veut agir en connaissance de cause, se munit ordinairement d'un devis.

On nomme *devis*, l'état détaillé des ouvrages de bâtiment, de menuiserie, de charpente et de serrurerie qu'il s'agit d'effectuer, et du prix des matériaux qui doivent être employés.

Le devis n'est soumis à aucune forme particulière.

Le *marché*, est la convention qui intervient entre le maître et l'entrepreneur.

Dans les marchés que l'on fait avec les entrepreneurs, il peut arriver que ceux-ci fournissent tout à la fois la matière et leur travail, ou bien leur travail seulement : au premier cas, cette espèce de louage est assimilée à une vente ; d'où il résulte, que si la chose périt par cas fortuit, avant sa livraison ou avant que le maître ait été mis en demeure de la recevoir, elle périt pour l'entrepreneur (1). — Au deuxième cas, l'ouvrier n'est point responsable de la perte; à moins qu'elle n'ait été occasionnée par sa faute : mais d'un autre côté, il ne peut réclamer de salaire, si l'ouvrage n'a pas été reçu par le maître, ou s'il n'a pas été mis en demeure de le recevoir; à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.

Quand il s'agit d'un ouvrage unique, la vérification n'a lieu que lorsque l'entreprise est terminée : mais lorsqu'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, on doit voir autant d'entreprises qu'il y a de pièces ou de mesures; en conséquence, la vérification peut s'en faire par parties (1791).

La réception de l'ouvrage par le maître, produit deux effets à l'é-

(1) Troplong, t. 3, n. 965. Delv. t. 3, p. 117. *Voy.* cep. Dur. t. 17, n. 250. Duvergier, t. 3 n. 116, t. 2 n. 314 et 325. Zach. t. 3 p. 45.

gard de l'entrepreneur : 1° elle lui donne le droit d'exiger le salaire convenu; — 2° elle fait cesser sa responsabilité : toutefois, lorsqu'il s'agit de bâtiments, la loi déclare les architectes et les entrepreneurs responsables, pendant dix ans, de la perte totale ou partielle de l'édifice, causée par le vice de construction et même par le vice du sol.

Le maître a la liberté de résilier le marché à forfait, par le seul effet de sa volonté, quoique l'ouvrage ait été commencé; mais à charge par lui, de dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et même de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise. — Cette décision est pleine d'équité : on ne saurait forcer le maître à faire continuer des travaux qu'il a reconnus trop onéreux ou qui lui sont devenus inutiles par suite d'un changement survenu dans sa position : l'entrepreneur est d'ailleurs sans intérêt à exiger que les travaux soient terminés, puisqu'on l'indemnise.

Si le prix a été payé d'avance, le maître peut, dans le même cas, en répéter le montant; car il se trouve sans cause entre les mains de l'entrepreneur : mais ce dernier retient le montant des dommages-intérêts qu'il a obtenus, pour le préjudice résultant de l'inexécution des travaux.

Il n'y a point lieu de distinguer, pour l'application de cette règle, entre le marché à forfait, et celui qui a été conclu à la pièce ou à la mesure (1).

La loi accorde aux ouvriers qui ont été employés par l'entrepreneur, une action directe contre le maître, pour obtenir le payement de leur salaire; mais seulement jusqu'à concurrence de ce dont ce dernier est encore débiteur sur le prix des travaux.

Le contrat de louage d'ouvrage se dissout par toutes les causes de résolution communes aux divers contrats de louage et spécialement :

1° par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur.—En droit romain, la dissolution n'avait lieu pour cette cause, qu'autant que le louage d'ouvrage avait été donné en considération de la personne; en droit français, on ne distingue pas. — Il est bien entendu, que le maître doit compte à la succession de l'entrepreneur, du prix des travaux faits, et de la valeur des matériaux qui lui ont été fournis; mais eu égard à l'utilité qu'il peut en tirer (1796).

La mort du maître n'est pas une cause de dissolution du louage; les héritiers ont, comme leur auteur, le droit d'arrêter ou de faire continuer les travaux.

2° Par la force majeure.

3° Par la volonté du maître, c'est-à-dire, de celui pour qui l'ouvrage est fait;

(1) Dur. n. 257. Troplong, n. 1028, t. 3.

1787 — Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière.

= Lorsque l'ouvrier ne doit fournir que son travail, le contrat n'est évidemment qu'un louage : mais lorsqu'il doit fournir également la matière, ce contrat doit être considéré comme une vente; autrement, il y aurait antinomie entre la disposition de notre article et celle de l'art. 1711, al. 6 : en effet, que je charge un orfèvre de me faire pour demain, moyennant un prix, une pièce d'argenterie, ou que j'achète chez lui un objet tout confectionné, à charge de me le livrer demain : l'état des choses est le même; seulement, la vente est conditionnelle dans le 1er cas; tandis qu'elle est pure et simple dans le 2e (1).

Les travaux préparatoires, ne laissent aucun doute sur la pensée du législateur à cet égard : l'art. 110 du projet (art. 1787), était ainsi conçu : « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière : — Dans le 1er cas, c'est un pur louage; — dans le 2e, c'est une vente d'une chose une fois faite. » — Ces deux alinéas ont été supprimés sur la demande du Tribunat, comme étant de pure doctrine et n'ayant nullement le caractère d'une disposition législative (2).

Quid, lorsque l'ouvrier s'est chargé de faire certaines fournitures ? Si le maître fournit la matière principale, on ne peut voir dans la convention qu'un louage pur et simple.— Ex.: j'ai envoyé chez un tailleur, l'étoffe nécessaire pour me faire un habit : bien que ce tailleur ait fourni, outre sa façon, les boutons, le fil et la doublure, le marché ne constituera qu'un louage; car ces choses ne sont que des accessoires.

J'ai fait marché avec un architecte, pour qu'il construise une maison sur un terrain qui m'appartient : cette convention est encore un louage; quand même l'architecte aurait fourni tous les matériaux : *ædificium solo cedit* (3).

(1) Instit. de Loc. Cond. § 4. Caïl. Inst., t. 3, 147. Troplong, n. 789 et 963.

(2) Fenet. t. 14 p 233 et 289. Marcadé, art. 1791. Troplong, t. 3 n. 790, 962 à 966. Delv. t. 3 p. 117. Zach. t. 3 p. 41.—Suivant Duranton (n. 250) et Duvergier (n. 334 et 335), « il y a louage d'ouvrage, toutes les fois qu'on charge quelqu'un de faire une chose, même avec la matière qui lui appartient. ; et il y a vente lorsqu'on acquiert une chose déjà confectionnée par celui avec qui on traite.» Ainsi, l'art. 1787 modifierait la disposition de l'art. 1711; il imprimerait le caractère de louage, au contrat en vertu duquel l'ouvrier donnerait tout à la fois son travail et la matière : telle était, disent ces auteurs, la décision de Cassius (Instit, l. 3, t. 2e § 4. ff. l. 2 § 1. Loc. Cond. liv. 20 et 65 de Contr. emp.). *Voy.* aussi Pothier, Louage (n. 394).— Troplong combat ce système : il fait observer avec raison, que l'art. 1787 ne dit pas ce qu'on lui fait dire; qu'il s'explique par l'art. 1711; qu'en permettant de convenir que l'ouvrier fournira la matière, il ne déclare pas pour cela que le contrat constituera un louage.

(3) Pothier, n. 394. Delv. p. 117 n. 1. Troplong, n. 964 et suiv.

1788 — Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose.

= Dans le louage d'ouvrage, le travail et la matière finissent par se confondre; mais ces deux éléments, considérés au point de vue intellectuel, ne sont pas moins distincts : le maître et l'ouvrier demeurent propriétaires à part : l'un de la matière; l'autre de son travail : la maxime *res perit domino*, devient dès-lors applicable. Les articles que nous allons parcourir, sont fondés sur ce principe. — Deux cas sont prévus : l'ouvrier fournit la matière; il ne fournit que son travail (1789).

Si l'ouvrier fournit la matière; par ex., lorsqu'un tailleur s'oblige à livrer un habit tout confectionné, il y a vente proprement dite : la chose, par conséquent, demeure à ses risques, jusqu'à la livraison (1).

Toutefois, si le maître a été constitué en demeure de recevoir la chose, l'ouvrier se trouve dégagé de toute responsabilité; car, il s'est dessaisi de la propriété : le maître doit alors supporter la perte, s'il ne parvient à prouver que l'ouvrage était défectueux : mais en établissant cette preuve, il peut, quoique mis en demeure, se dispenser de payer le prix de la matière et le salaire convenu. (Troplong, n. 980).

Les mêmes principes sont applicables, lorsqu'il s'agit de constructions : la perte antérieure à la délivrance ou à la mise en demeure, doit être supportée par l'architecte ou par l'entrepreneur; car le maître du sol ne s'est engagé à payer le prix des matériaux, qu'autant qu'on lui livrera un ouvrage achevé.

La loi considère la livraison comme un moyen de faire savoir que l'objet commandé est terminé; mais ce moyen n'exclut pas les autres: pour que cet objet fût aux risques du maître, il suffirait qu'il l'eût agréé : l'approbation tient lieu de tradition (1606, 1609, 1791).

1789 — Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute.

= Dans l'espèce, le maître est propriétaire de la matière; cette chose doit donc périr pour lui : — mais l'ouvrier peut être condamné à des dommages-intérêts s'il est en faute; ou ce qui revient au même, s'il a été mis en demeure de livrer (1790).

(1) Dur. t. 17 n. 250. Duvergier, t. 3 n. 347.

Ex : je donne à un ouvrier une pierre précieuse pour la monter : s'il brise cette pierre par impéritie, ou s'il la perd par défaut de soins, il devra m'indemniser.

Dans le doute, c'est à l'ouvrier à prouver que la perte provient d'une force majeure ou du vice de la matière (1302) (1).

1790 — Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.

= Lorsque l'ouvrage est terminé et agréé, l'ouvrier ne court plus aucun risque; la perte de la chose ne peut dispenser le propriétaire de payer le prix de la main d'œuvre; l'ouvrier est déchargé de tout recours, même pour malfaçon. — Toutefois, quand il s'agit de gros ouvrages de constructions, la loi fait durer la responsabilité pendant dix ans (*voyez* art. 1792 et 2270).

Notre article suppose que la chose a péri par un cas de force majeure (ordinaire ou extraordinaire), avant que l'ouvrage ait été reçu : il refuse à l'ouvrier le droit d'exiger son salaire, bien qu'on ne puisse lui reprocher aucune faute, et met ainsi à sa charge une partie de la perte. Cette décision, rigoureuse en apparence, est néanmoins équitable et conforme à la maxime *res perit domino :* Remarquons en effet, que le maître ne profite pas de l'ouvrage; qu'il n'en a pas même été saisi (2).

La règle est applicable, quand il s'agit de constructions, sans qu'il y ait même lieu de distinguer si l'ouvrier a construit sur son propre sol ou sur celui du maître : on remarque seulement cette différence, que dans le 1er cas, l'ouvrier perd non-seulement les matériaux et sa main d'œuvre mais encore le sol, si la ruine de l'édifice a été causée par une inondation ou par un tremblement de terre. — Tandis que dans le 2e, le propriétaire ne peut supporter que la perte du sol.

Le principe que nous venons d'établir, souffre exception dans 2 cas :

1° Lorsque le maître, mis en demeure de recevoir l'ouvrage terminé ou de le vérifier, n'a fait aucune diligence (1138) : la présomption est alors en faveur de l'ouvrier. — Nous croyons toutefois, que le maître pourrait se dispenser de payer le salaire, en prouvant que l'ouvrage était défectueux au point qu'il eût fallu le détruire. —

(1) Troplong, n. 987. Duvergier, n. 341.

(2) Dur. t. 17 n. 250. Lepage, Lois des Bâtiments, t. 2 p. 75. Cass. 11 mars 1839. Dall. n. 127.

Si l'ouvrage a seulement quelques imperfections, il doit en payer le prix, sous la déduction de ce qu'il en coûtera pour faire les réparations nécessaires (Dur., n. 150).

2° Lorsque la chose a péri par le vice de la matière : le maître doit s'imputer d'avoir donné une chose vicieuse; en ce cas l'ouvrier peut exiger le prix de la main d'œuvre.

Néanmoins, cette deuxième exception est susceptible de quelques modifications : si l'ouvrier, par ex., à raison de son art, a dû savoir que la chose était impropre à l'usage auquel on la destinait, ou s'il s'est aperçu du vice, lorsqu'il était encore temps de prévenir le maître, et qu'il ait continué son travail, aucun salaire ne lui est dû. Il pourrait même être condamné à payer le prix de la matière, et des indemnités, en cas de perte ou de détérioration. L'article 1792, nous donne un exemple remarquable de ce cas de responsabilité (1).

Si des défauts graves, se manifestent dans l'ouvrage *vérifié* et reçu, l'ouvrier peut-il opposer à l'action en responsabilité dirigée contre lui, une fin de non-recevoir, résultant du fait de vérification? Nous le pensons : d'une part, les art. 1788-1791, excluent implicitement la responsabilité, pour la perte arrivée depuis que la chose a été reçue, puisqu'ils soumettent l'ouvrier à cette obligation pour la perte antérieure; d'autre part, l'article 1792 statue spécialement sur le cas de construction d'un édifice : donc, en principe, la réception fait cesser la responsabilité pour tous autres ouvrages : *Exceptio firmat regulam* (2). — Les travaux préparatoires indiquent à cet égard, toute la pensée du législateur : lorsque la question de savoir si la responsabilité cesserait après la vérification des travaux de construction, fut agitée au Conseil d'État, M. Regnauld fit des efforts pour obtenir que l'architecte fut exonéré aussitôt après la réception des travaux : Béranger répondit, que l'art. 1790 s'appliquait à tout ouvrage quelconque; tandisque l'art. 1792, établissait une règle particulière, pour les ouvrages dirigés par un architecte : ces paroles n'ont pas rencontré d'opposition au Conseil d'État. — Assurément, il est à regretter, que le principe ne résulte pas d'un texte formel; mais les inductions que l'on doit nécessairement tirer des art. 1788-1792 combinés, suppléent à ce silence (3).

1791 — S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties : elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait.

= La loi établit une différence remarquable, entre un marché

(1) Duvergier, n. 342. Troplong, n. 985. Dur. n. 251. Delv. t. 3 p. 215.
(2) Troplong, n. 991, Louage, Prescription, art. 2270, Duvergier, n. 347.
(3) Fenet, t. 14 p. 261.

d'ouvrage fait *aversione,* et l'entreprise d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure; par ex., à tant le mètre : Au premier cas, le maître n'est tenu de recevoir l'ouvrage qu'autant qu'il est entièrement terminé. — Au deuxième cas, on voit autant d'entreprises qu'il y a de pièces ou de mesures : la vérification peut donc s'en faire par parties; les portions vérifiées et reçues cessent alors d'être aux risques de l'ouvrier.

L'ouvrage est tacitement agréé, lorsque le maître a payé l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait, avec intention d'affecter le paiement à la portion de l'ouvrage déjà terminé.

Toutefois, on doit décider autrement, lorsque l'ouvrier a garanti pour un certain temps la solidité de l'ouvrage fait avec les matériaux qui lui ont été confiés; ou lorsqu'il a exécuté cet ouvrage sur sa propre chose; par ex., si un tonnelier a fourni le bois et les cercles d'un certain nombre de tonneaux que je lui ai commandés pour la vendange : dans ce dernier cas, il y a lieu d'appliquer les règles du contrat de vente, et de déclarer en conséquence le vendeur, garant des défauts cachés (1648).

Des à-comptes donnés pendant la durée des travaux, sans imputation spéciale, ne feraient pas présumer la vérification (1).

Au résumé, trois causes peuvent avoir occasionné la perte : le vice de la matière, la force majeure, la faute de l'ouvrier : dans le doute, on doit présumer cette dernière cause; dès-lors, c'est à l'ouvrier à se justifier (2).

1792 — Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans.

= Le Législateur n'a pas statué d'une manière générale, sur le cas de perte arrivée depuis la livraison des choses qui ont fait l'objet du louage d'ouvrage. Les constructions ou autres gros ouvrages ont seuls, à raison de leur importance, appelé son attention sous ce rapport : cette matière doit donc nous occuper exclusivement.

Les architectes et les entrepreneurs de construction, sont soumis à quelques mesures exceptionnelles; notamment, en ce qui touche la responsabilité de leurs travaux : ainsi que l'a fait observer M. Béranger lors de la discussion : « On peut facilement vérifier si un meuble est conditionné comme il doit l'être; dès qu'il est reçu il paraît juste que l'ouvrier soit déchargé de toute responsabilité : mais il n'en est pas de même d'un édifice : il peut avoir toutes les apparences de la solidité, et cependant être affecté de vices cachés qui le fassent tomber après un certain laps de temps : L'architecte doit

(1) Troplong, n. 990. Dur. n. 254. Duvergier, n. 345.
(2) Pothier, n. 435. Duvergier, n. 341. Troplong, n. 987.

donc en répondre pendant un delai suffisant, pour qu'il devienne certain que la construction a été solide. »

« On a vu, par ex , ajouta M. Tronchet, des édifices qui paraissaient construits en pierre de taille ; tandis que des dehors trompeurs, ne servaient qu'à cacher des matériaux beaucoup moins solides (1). Sans doute, le maître ne reçoit les travaux qu'après vérification : mais ne sait-on pas que cette opération, se réduit, en définitive, à signaler quelques vices apparents ; à rechercher si les règles de l'art ont été observées et si le plan a été suivi. Quant aux vices des matériaux employés et aux vices du sol, ils échappent aux investigations du vérificateur. »

Gardons-nous de croire, que cette sévérité déployée contre les entrepreneurs de constructions, ait pour but unique de garantir les intérêts privés : elle est inspirée principalement par des considérations de sûreté publique; ainsi qu'on peut s'en convaincre, en se reportant aux travaux préparatoires. Le projet du code (art. 128) portait : « Si l'édifice donné à prix fait, périt par le vice du sol, « l'architecte en est responsable, à moins qu'il ne prouve avoir « fait au maître les représentations convenables, pour le dissuader « d'y bâtir. » — Les cours de Nancy et de Lyon, firent observer « qu'il serait mieux, dans l'intérêt public, de rendre dans tous les cas « l'architecte ou l'entrepreneur responsables de la solidité de l'édi- « fice; car on avait de nombreux exemples d'ouvriers et de passants « écrasés sous des ruines » : elles demandèrent en conséquence, que la phrase finale fut supprimée : cette suppression eut lieu effectivement, et l'on termina l'article du projet définitif par ces mots : *Pendant le terme réglé au titre des prescriptions.*

Lors de la discussion au Conseil d'État, Cambacérès proposa de rétablir la disposition retranchée; mais Bigot-Préameneu, Réal et Treilhard, se prononcèrent contre ce changement : « L'architecte, dirent-ils, ne doit pas suivre les caprices d'un propriétaire assez insensé pour compromettre sa sûreté personnelle, en même temps que la sûreté publique... Il n'est pas probable qu'un propriétaire soit capable de cet excès de folie : ainsi, les allégations de l'architecte ne méritent aucune confiance... Les architectes, pour déterminer les propriétaires à construire, cherchent ordinairement à leur persuader que la dépense sera modique; peut-être y a-t-il lieu de craindre, que si on leur fournit un moyen de ne pas répondre des mauvaises constructions, ils ne prennent plus aucun soin de rendre les édifices solides... Enfin, il n'y a aucun inconvénient à être sévère à l'égard de l'architecte : le propriétaire ne connait pas les règles de la construction; c'est à l'architecte à l'en instruire et à ne pas s'en écarter par une complaisance condamnable. » En conséquence, le conseil adopta l'article et fixa néanmoins la durée de la garantie à

(1) Fenet, t. 14, p. 262.

10 ans. — Aucun doute ne peut donc s'élever sur l'esprit de cette disposition; évidemment elle est dictée principalement dans des vues d'intérêt public.

Le laps de dix années est un temps d'épreuve de la solidité des constructions. — Ce délai court du jour où le maître a reçu les travaux, ou du jour où il a été mis en demeure de les recevoir : jusqu'alors, on présume qu'ils ne sont pas achevés. « La responsabilité de l'entrepreneur, disait M. Mouricault, ne dure que dix ans après le travail *fait*, *vérifié* et *payé* (1).

Du principe que l'article 1792 est principalement fondé sur l'intérêt public, nous concluons, que l'architecte et l'entrepreneur devraient garantir les vices de construction ou les vices du sol, quand même ce serait le maître qui aurait tenu à l'exécution d'un plan erroné, à l'emploi de matériaux défectueux, à des façons contraires aux règles de l'art, ou à ce que l'édifice fût élevé sur un terrain impropre aux constructions; quand même ils auraient éclairé le maître, avant de commencer les travaux; quand même ce dernier aurait renoncé à l'action en garantie : on regarderait cette clause comme contraire aux bonnes mœurs et à l'intérêt public (2). L'homme de l'art, qui obéit complaisamment à la volonté d'un maître inexpérimenté, commet un acte coupable aux yeux de la loi: il est de son devoir de faire constater son refus et de se retirer (2).

Quoiqu'il en soit, l'architecte et l'entrepreneur peuvent, après vérification, exiger le paiement du prix convenu, si les travaux ont été déclarés recevables (3).

On décide même généralement, que l'architecte et l'entrepreneur se trouvent, par le fait, affranchis de toute responsabilité à raison des vices *apparents* dont le maître a pu apprécier la gravité, ou de ceux qui lui ont été *signalés*, s'il a payé sans faire de réserves; pourvu toutefois, que les malfaçons ou les vices apparents, ne soient pas de nature à entraîner la ruine des constructions (4). Mais aux termes des art. 1792 et 2270, ils restent, pendant dix ans, responsables des vices cachés.

(1) Fenet, t. 14 p. 341. Duvergier, n. 358.

(2) Zach. t. 3 p. 48. Dall. n. 143. Duvergier, Louage, t. 2, n. 351. Troplong n. 995. Marcadé, art. 1793. Cass. 10 février 1835. Dev. 1835, 1, 174. Aix 18 janvier 1841. Pal. 1841, 2, 65, Pau, 11 janvier 1845. Pal. 1845, 1, 139. Bourges, 13 mars 1841. Dev. 42, 2, 78, 13 mars 1845. Pal. 1845, 2, 388. Bastia, 7 mars 1854. D. p. 54, 2, 117. Paris, 9 juin 1853. D. p. 55, 2, 321. Cass. 11 mars 1839. Dev. 1839, 1, 180. D. p. 39, 1, 105. Pal. 39, 1, 371. *Voy.* cep. Dur. t. 17, n. 255, et Toullier, t. 6 p. 316 et 317. Ces auteurs considèrent à tort la disposition qui nous occupe, comme touchant uniquement à l'intérêt privé. On peut opposer encore un arrêt de Paris, du 12 février 1848. Pal. 1848, 2, 90. Mais les faits ont eu de l'influence sur cette dernière décision. Lyon, 16 mars 1852. D. p. 53, 2, et un arrêt de Cass. 4 juillet 1838. D.p. 38, 1, 102.

(3) Poitiers, 1er mars 1844. Pal. 1844, 2, 186. Dall. n. 159. Aix, 18 janvier 1841. Dall. n. 146. Pal. 1841, 2, 65. Bourges, 13 août 1841. Pal. 1842, 1, 187. Besançon, 20 novembre 1843. Pal. 1844, 2, 70.

(4) Duvergier, n. 364. Troplong, n. 1003. C'est avec cette restriction qu'il faut entendre un arrêt de Lyon du 18 juin 1835. Dall., Louage d'ouvrage, n. 146. Puisque la garantie décennale est fondée non-seulement sur l'intérêt privé, mais encore sur l'intérêt public.

L'architecte et l'entrepreneur sont garants, non-seulement des vices de construction, mais encore des vices du sol; car ils doivent savoir, par état, si le terrain a la solidité nécessaire pour supporter les constructions que l'on veut élever (1).

Il est bien entendu, qu'on ne se trouve plus dans le cas de l'art. 1792, lorsque l'architecte ou l'entrepreneur vend une maison déjà construite : les dispositions du titre de la vente, sur la garantie des vices cachés, deviennent alors applicables (2).

Toutefois, si la profession du vendeur avait été déterminante pour l'acheteur (ce que les circonstances seules peuvent faire connaître), les règles que nous venons d'exposer reprendraient leur empire.

Après avoir examiné les principes établis par l'art. 1792 sur la garantie en matière de construction, il nous reste à déterminer les modifications apportées à cette disposition par l'art. 2270.

Voici le texte : « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs « sont déchargés de la garantie des *gros ouvrages* qu'ils ont *faits* ou « *dirigés*. »

Remarquons d'abord, que ce dernier article consacre les mêmes règles que l'art. 1792, quant aux caractères que les vices doivent avoir pour donner lieu à garantie; au point de départ de la responsabilité, et à sa durée : la loi suppose toujours, qu'il s'agit de constructions, ou tout au moins de gros ouvrages; elle fait courir le temps d'épreuve, du jour de la réception des travaux; elle en limite la durée à 10 années. — Mais l'art. 2270 augmente sous trois rapports la portée de l'art. 1792 :

1° L'art. 1792 ne statue que sur les constructions d'édifices *en entier* : l'art. 2270, conçu en termes généraux, étend la garantie décennale à tous *gros ouvrages*, expression qui embrasse les constructions partielles; les réparations (3) (pourvu, selon nous, qu'elles soient du nombre de celles que l'art 606 détermine) et tous les travaux, quelle que soit leur nature : la construction d'un pont, d'un puits ou d'un canal, l'établissement d'une prise d'eau ou du pavage, donnent lieu à la même responsabilité que les bâtiments (4).

Quant aux *menus ouvrages*, ils ne sont point soumis à ces règles exceptionnelles : l'entrepreneur en est responsable, sans doute; mais sa responsabilité n'est pas fondée sur les art. 1792 et 2270: elle dérive de la règle générale, qui oblige chacun à réparer le dommage qu'il a causé. Par conséquent, l'architecte ou l'entrepreneur est affranchi de toutes recherches à cet égard, même pour malfaçons,

(1) Cass. 12 février 1850. D. p. 50, 1, 311.

(2) Dur. t. 17 n. 255. Troplong, n. 1015. Paris, 3 décembre 1846.

(3) Duvergier, n. 353 et 357. Cass. 10 février 1835. Dev. 1835, 1, 174. Dall. n. 139 et 144, 3 décembre 1834. Dev. 1835, 1, 215. Dall. *ibid.*

(4) Troplong, Louage, n. 1000. Prescrip. n. 550 ef 741. Vaz. n. 550, Prescrip. Duvergier, n. 355. Paris, 2 juillet 1828. Cass. 18 décembre 1839. Pal. 1840, 1, 292. Aix, 16 mars 1832. Cass., 19 mai 1851. D. p. 1851, 1, 138.

conformément au principe général établi par l'art. 1790, dès que ces travaux ont été reçus : le propriétaire doit s'imputer de ne pas les avoir fait vérifier (1).

La responsabilité qui pèse sur le constructeur, en cas de ruine de l'édifice, n'a pas même lieu à l'égard des constructions qui ne sont devenues immeubles que par destination : il a été jugé, en conséquence, que la construction d'un pressoir mis hors de service par suite de malfaçon, ne soumet pas le mécanicien à la responsabilité prévue par l'art. 1792 (2).

2° L'art. 1792 semble exiger que le prix ait été fixé *à forfait*, ou qu'il soit réglé par l'étendue et la nature des constructions : l'art. 2270 déclare que l'architecte ou l'entrepreneur est responsable, soit qu'il ait *dirigé*, soit qu'il ait *fait* les travaux ; excluant ainsi toute distinction entre les marchés à prix fait et ceux dans lesquels le prix a été fixé à tant la mesure (3).

L'architecte est même garant des mauvaises constructions, lorsqu'elles ont leur cause immédiate dans le vice des plans et devis qu'il a dressés, bien qu'il n'ait pas dirigé les travaux : *imperitia culpæ annumeratur* (4). — *A fortiori* en est-il ainsi, lorsque la direction des travaux lui a été confiée (5). — Dans ce dernier cas, il répond de la défectuosité des matériaux (6), lors même qu'ils ont été employés en conformité du marché, ou selon nous par l'ordre du maître.

Lorsque le vice des constructions tient à la nature ou à l'emploi des matériaux, l'architecte qui s'est uniquement chargé de surveil-

(1) Duvergier, n. 355 et 357. Troplong, sur l'art. 2270 n. 941. Vaz. Prescrip. n. 550, Zach. p. 47, t. 3; p. 812, t. 5. Notre ancienne jurisprudence admettait un recours pour malfaçon contre les ouvriers qui avaient exécuté de petits ouvrages. La durée de ce recours, d'abord fixée à trois ans, a ensuite été réduite à un an (Ferrière, sur la Coutume de Paris, art. 113, n. 23.)

(2) Metz, 17 octobre 1843. Pal. 1845, 1, 215.

(3) Troplong, n. 1002. Duvergier, n. 353. Fremy-Ligneville, Code des architectes, n. 1311 Cass. 12 février 1850. D. p. 50, 1, 311.— *Voy.* cep. Cass. 12 novembre 1844. Pal. 1845, 1, 256. D. p. 45, 1, 8.— Ces deux arrêts, en apparence contradictoires, peuvent se concilier : dans l'espèce sur laquelle la Cour a statué en 1844, il s'agissait d'un vice caché, que l'observation des règles de l'art n'aurait pu faire découvrir ; en 1850, le constructeur était en faute : on conçoit dès lors, que dans le premier cas, la stipulation d'un forfait soit exigée pour que l'architecte devienne responsable, et que cette condition ne soit pas requise dans le deuxième. *Voy.* la note de l'arrêtiste. D. p. 50, 1, 311.

(4) Marcadé, art. 1793. Duvergier, n. 354. Troplong, Louage, n. 1002. Cass. 20 novembre 1817, 10 février 1835. Dev. 1835, 1, 174. Dijon, 10 janvier 1816. Mais en ce cas, l'architecte ne saurait être responsable, si l'édifice périt par le vice caché des matériaux employés. (*Voy.* note de Dev. sur l'arrêt du 12 novembre 1844. Pal. 1845, 1, 256. Dev. 1845, 1, 180).—Par ce même arrêt la Cour de cassation a rejeté à tort, le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Paris, du 3 mars 1843, infirmatif d'un jugement du tribunal de Versailles, portant condamnation contre un architecte, qui avait dressé les plans et devis, puis surveillé et dirigé la construction de l'église de Saint-Germain-en-Laye ; sous prétexte que l'art. 1792 n'est applicable qu'à ceux qui ont construit à *prix fait* : elle a oublié que l'art. 2270 complétait cette disposition.

(5) Cass. 19 mai 1851. D. p. 51, 1, 138. Paris, 11 janvier 1845. Pal. 45, 1, 139. Pau, 13 mars 1845. Pal. 45, 2, 388.

(6) Pau, 13 mars 1845. D. p. 45, 2, 124,

ler et de faire exécuter le plan, est-il soumis à la responsabilité légale établie par l'art, 1792? La Cour de cassation s'est prononcée pour la négative, par ce motif que l'art. 1792, qui rend les architectes responsables pendant dix ans des édifices qu'ils font construire, ne se rapporte qu'aux édifices construits à prix faits (1). — On aurait pu ajouter, que cet article comprend dans une même disposition l'architecte et l'entrepreneur; ce qui suppose qu'il est lui-même entrepreneur et que rien de semblable ne se présentait dans l'espèce.

Nous pensons néanmoins, que l'architecte est responsable : en effet, il faut combiner l'art. 1792 avec l'art. 2270; or, ce dernier article porte qu'après dix ans, les architectes et entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont *faits* ou *dirigés*. L'arrêt du 12 novembre 1844 ne peut faire autorité dans la question; car il s'appuie sur les termes de l'art. 1792, et garde le silence sur l'art. 2270 : or, l'opinion que nous admettons, est fondée principalement sur ce dernier article. — Peu importe que le vice des matériaux ait été caché : l'art. 1792 ne distingue pas; il met à la charge des architectes et des entrepreneurs même le vice du sol et leur impose par suite, l'obligation de pousser leurs investigations au-delà des apparences : donc ils sont responsables du vice des matériaux et des malfaçons.

Si l'architecte n'a eu d'autre mission que celle de vérifier l'état des travaux, sans être chargé d'en surveiller l'exécution, il n'est soumis à aucune responsabilité pour vice de constructions (2).

D'un autre côté, l'entrepreneur lui-même est légalement responsable des travaux qu'il a faits sur un plan défectueux, sauf son recours contre l'architecte (3); car il s'est approprié les plans et devis : Le devoir lui commandait d'éclairer le propriétaire avant de commencer; l'ignorance n'est pas une excuse en pareil cas.

Toutefois, l'entrepreneur n'est pas responsable de la défectuosité des plans (4), lorsqu'il agit sous la direction d'un architecte; mais seulement de la bonne exécution des travaux qui lui sont prescrits.

3° Enfin la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur, qui était restreinte par l'art. 1792 au cas de perte totale ou partielle, est étendue par l'art. 2270 à tous les cas graves de malfaçon; quand même les defectuosités ne seraient pas de nature à entraîner la ruine de l'édifice : par ex., si les pierres employées sont salpêtrées et

(1) Cass. 12 novembre 1844. Dev. 1845, 1, 180. Pal. 1845, 1, 258.

(2) Cass. 18 décembre 1839. Dall. n. 142. Pal. 1840, 1 292,

(3) Cass. 11 mars 1839. Dev. 1839, 1, 181. Pal. 1839, 1, 371. *Voy.* Ordon. du 13 juillet juillet 1825.

(4) Paris, 17 novembre 1849. D. p. 50, 2, 206. Cass, 18 décembre 1839. Pal. 1840, 1. 292. Paris, 11 janvier 1845. Pal. 45, 1, 139. Cass. 4 juillet 1838. Pal. 38, 2, 359. Dev. 38, 1, 726.

donnent au mur une humidité malsaine, ou si des lézardes se sont manifestées dans l'entablement : ces circonstances constituent des vices *cachés ;* elles empêchent qu'il n'y ait bonne construction (1).

Comme on le voit, les art. 1792 et 2270 doivent être combinés ; car ils s'expliquent l'un par l'autre.

Au résumé, l'art. 1792 pris à la lettre, fait dépendre la responsabilité de l'architecte de quatre conditions ; il faut : 1° qu'un forfait ait été stipulé ; 2° que la construction soit nouvelle ; 3° qu'elle ait ait été détruite en totalité ou en partie ; 4° que la perte ait été causée par le vice de construction ou par le vice du sol. — L'article élargit la portée de cette disposition : il applique la responsabilité aux grosses réparations, comme aux constructions nouvelles ; au cas où le vice de construction ne met pas la chose en péril, comme au cas où il peut entraîner la perte ; enfin, à tous les cas graves de négligence, imputables à l'architecte ou à l'entrepreneur ; quand même le dommage ne résulterait ni des vices du sol ni des vices de construction, pourvu, bien entendu, que les défectuosités aient été cachées.

Si l'ouvrage périt dans les 10 ans, la perte est-elle censée provenir d'une force majeure ou d'un vice de construction ? En d'autres termes, est-ce au propriétaire, à prouver que la chose a péri par suite d'un vice imputable au constructeur ; ou à celui-ci, d'établir qu'il n'est pas en faute ?

1er *système.* Le vice des constructions et le vice du sol pouvant seuls donner lieu à la responsabilité, c'est au propriétaire à prouver que la chose a péri par l'une ou l'autre cause. — Ici ne peut s'appliquer la disposition finale de l'art. 1791 : dans le cas prévu par ce dernier article, on suppose que la perte est survenue avant la livraison : dans notre espèce, la livraison a eu lieu ; l'entrepreneur est libéré : donc le propriétaire doit détruire cette présomption ; suivant la maxime : *Actori incumbit onus probandi* (2).

2e *système.* En déclarant l'architecte de plein droit responsable pendant dix ans de la perte de l'édifice par lui *construit,* lorsque cette perte arrive par vice de construction ou par vice du sol, l'art. 1792 consacre un droit exceptionnel en faveur du propriétaire ; il y a présomption de faute contre l'architecte ; partant, responsabilité. — Mais quand il s'agit de grosses réparations, le droit commun reprend son empire : assurément, l'architecte est responsable ; mais c'est au propriétaire, demandeur en indemnité, à prouver que la perte a été causée par le vice du sol ou par le défaut de constructions : *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*—Toutefois, par exception, la loi ne veut pas que la responsabilité de l'architecte se prolonge au-delà de 10 années (2270).

(1) Troplong, n. 1003. Paris, 2 juillet 1828. Cass. 3 décembre 1834. Dev. 1835, 1, 215. D. p. 35, 1, 60. *Voy.* cep. Duvergier, n. 357.

(2) Troplong, n. 1005. Duvergier, n. 357. Dall. n. 139.

Il faut par conséquent se pénétrer de l'esprit des art. 1792 et 2270 : l'un est en faveur du propriétaire contre l'architecte ; l'autre est en faveur de l'architecte contre le propriétaire.—L'art. 1792 n'impose à l'architecte ou à l'entrepreneur que la garantie de la perte de l'édifice construit à *prix fait* et non d'un *édifice réparé :* dans le cas de *construction*, l'édifice est l'œuvre de l'architecte ; s'il périt par un vice intrinsèque, l'architecte ne peut imputer l'événement qu'à sa faute : — mais dans le cas de *réparations*, la construction de l'édifice lui est étrangère : soumettre l'architecte à garantir la durée de l'édifice pendant 10 ans, ce serait lui faire subir la peine du fait d'autrui : si les travaux ont été exécutés, il y a lieu d'appliquer le principe du droit commun, consacré par l'art. 1382 (1), qui oblige à réparer le dommage qu'on a causé par sa faute ou par sa négligence.

3e *système*. L'architecte et l'entrepreneur sont responsables pendant dix ans, des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés : ce terme est un temps d'épreuve : si la perte survient dans l'intervalle, comme on ne peut en attribuer la cause à l'état de vétusté, il y a nécessairement présomption, jusqu'à preuve contraire, que des vices se sont manifestés ; la faute de l'architecte ou de l'entrepreneur se trouve démontrée par le fait : c'est donc à eux, s'ils veulent s'exonérer de toute responsabilité, à établir que la perte est le résultat d'un cas fortuit, ou d'un événement de force majeure : nous admettons ce système. — La distinction proposée par Devilleneuve ne repose sur aucun texte : on ne voit pas d'ailleurs pourquoi, en présence des termes généraux des art. 1792 et 2270, la faute se présumerait plutôt dans un cas que dans l'autre : il y a même raison de décider pour les constructions et pour les grosses réparations (2).

L'architecte et l'entrepreneur sont-ils tenus solidairement des dommages-intérêts auxquels le propriétaire peut prétendre pour vice de constructions? La solidarité ne peut résulter que d'une participation commune à un quasi-délit. — Sans doute, l'architecte chargé de dresser les plans d'une construction et d'en surveiller l'exécution, est responsable des vices du plan et de la mauvaise exécution des travaux ; sauf son recours contre l'entrepreneur. — La même responsabilité pèse sur ce dernier, lorsqu'il agit sans le concours d'un architecte, après avoir lui-même dressé le plan : — mais l'entrepreneur, qui agit sous la direction d'un architecte, n'est responsable que de la bonne exécution des travaux qui lui sont prescrits : il n'a point à examiner, si des plans dressés par un homme qui doit avoir les connaissances nécessaires pour diriger des travaux de constructions, péchent sous le rapport des règles de l'article.

(1) *Voy.* note de Devilleneuve sur l'arrêt de Cass. du 10 février 1835 Dev. 1835, 1, 174, et les observations du Rapporteur sur le pourvoi.

(2) Marcadé, art. 1793.

Concluons de là, que l'architecte et l'entrepreneur ne doivent pas être condamnés solidairement ; mais chacun en proportion du degré de faute qu'on peut lui imputer; de la part qu'il a prise aux constructions. — Sur ce point le juge prononce eu égard aux circonstances (1).

Nous avons dit, que l'entrepreneur et l'architecte sont responsables, pendant dix ans du vice du sol et des vices de construction : mais quelle est la durée de l'action en garantie?

1er *système*. Le propriétaire ne peut agir que pendant dix ans; mais le délai court du jour où les vices se sont manifestés. — Il n'est pas exact de dire, que l'art. 2270 a pour base l'art. 1792 : ce dernier article fixe la durée de la responsabilité; mais il ne détermine pas le délai dans lequel l'action doit être formée. Cette lacune est comblée par l'art. 2270 : ainsi, les deux articles se combinent sans se confondre (2).

2e *système*. L'art. 2270 restreint cette action à dix années : le délai court du jour de la réception des travaux.

Le législateur s'est proposé, dans les articles 1792 et 2270, de reproduire et consacrer l'ancienne règle que l'usage avait établie au châtelet de Paris et qui consistait à limiter à dix ans, *à compter de la réception des travaux*, toute action en garantie contre l'architecte ou l'entrepreneur : il ne s'agit que d'un délai de libération définitive et non d'un délai pour la prescription de l'action à naître. Dans la pensée des rédacteurs du Code, le délai de garantie et le délai de prescription de l'action étaient une seule et même chose; « il restait un cas, dit M. Bigot-Préameneu, qu'il convenait de ne pas omettre : c'est celui de la prescription en faveur des architectes ou des entrepreneurs à raison des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés : le droit commun qui exige dix ans pour cette présomption a été maintenu. » — D'ailleurs, c'est en ce sens que s'entendent ordinairement toutes garanties dues ou promises par des vendeurs ou fabricants, à raison des vices ou malfaçons dans les choses par eux livrées (3).

(1) Paris, 17 novembre 1849 D. p. 50, 2, 206. Il résulte d'une ordonnance en Conseil d'État, du 20 juin 1837 (Dev 1837, 2, 503), que l'architecte chargé de la surveillance des travaux publics, adjugés à un entrepreneur bien que responsable de sa négligence à surveiller les malfaçons, ne peut cependant être condamné solidairement avec l'entrepreneur, à raison de ces malfaçons; mais subsidiairement au cas d'insolvabilité de l'entrepreneur. — Cette décision est fondée sur ce que les malfaçons, provenaient principalement de la négligence des entrepreneurs, à se conformer aux conditions du devis annexé au cahier des charges de leur adjudication ; la responsabilité devait donc avant tout peser sur eux, puisqu'ils étaient obligés directement envers l'État : au surplus il s'agissait de travaux publics, et par conséquent d'appliquer des règles spéciales.

(2) Duvergier, t. 2, n. 361. Paris, 15 novembre 1836. Dev. 1837, 2, 257, 17 février 1853. D. p.53, 2, 133.

(3) Devilleneuve, note sur l'arrêt précité du 15 novembre 1836.

3e *système*. Le propriétaire peut agir pendant 30 ans à partir du jour où l'accident est survenu.

Cette dernière opinion nous paraît seule conforme à l'esprit de la loi : il ne s'agit point, dans les art. 1792 et 2270 d'une véritable prescription ; mais d'un temps d'épreuve, après l'expiration duquel les entrepreneurs et architectes sont dégagés de toute responsabilité: Par conséquent, l'action en garantie subsiste, si des vices se sont manifestés dans l'intervalle. Comme la loi ne détermine pas la durée de l'action, il faut naturellement conclure qu'elle entend se référer à la régle générale (art. 2262). — Dans le 1er système, on fait courir la prescription avant la naissance de l'action; ce qui est subversif de la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Souvent il ne resterait que peu de jours au propriétaire, pour former sa demande; résultat inique et bizarre : le législateur n'a pu vouloir le consacrer. — Le 2e système ne repose sur aucun texte : il ne s'agit pas de faire la loi : elle existe; il faut l'appliquer. M. Bigot-Préameneu n'a pas eu la pensée qu'on lui attribue : en lisant attentivement le passage que nous avons rapporté, on reconnait qu'il n'est point relatif à l'action en indemnité; mais au délai de la garantie. — Au surplus, nous croyons avoir démontré, que l'art. 2270 et l'art. 1792 sont en parfaite harmonie; que le législateur entend ajouter aux droits du propriétaire, loin de vouloir les restreindre (1).

Il est une 3e cause de garantie dont le Code ne parle pas ; mais sur laquelle nous devons néanmoins dire quelques mots : l'inobservation des règlements administratifs.

On distingue deux sortes de règlements : les uns, ont pour objet la bonne construction des édifices : par ex., l'épaisseur des gros murs; les mesures à prendre pour prevenir les incendies, quand il s'agit d'établir une cheminee.— Les autres, sont relatifs à la voirie. — L'architecte et l'entrepreneur doivent indemniser le propriétaire, quand ils ont violé ces dispositions : au premier cas, le propriétaire peut exiger que les lieux soient remis en état, suivant les règles de l'art sans préjudice de tous dommages-intérêts. — Au deuxième cas, l'indemnité consiste dans les frais de reculement et de nouvelles constructions (2).

Mais pendant combien de temps le propriétaire pourra-t-il agir? Devra-t-on le déclarer déchu, après dix années depuis la vérification et la réception des travaux? L'art. 1792 est-il applicable en ce cas? L'affirmative ne parait pas douteuse, quand il y a eu violation

(1) Fremy-Ligneville. Code des architectes, p. 288, n. 1326 et 1327. Lepage deuxième partie, n. 1, § 6 et 6. Dur. n. 255, 292, 400, t. 17. Zach. p. 47, n. 1813, t. 5. Troplong n. 1007. Arrêté du Conseil d'État du 2 août 1851, D. p. 852, 3, 1.

(2) Zach. t. 3, p. 48. Duvergier, n. 361, t. 2. Lepage, loi des bâtiments, t. 1, p. 15, et suiv. Troplong, n. 1012. Paris, 17 août 1844. Pal. 1844, 2, 440.

des règlements relatifs à la solidité des bâtiments; car c'est là un vice de construction : les art. 1792 et 2270, embrassent tous les cas de malfaçon.

Que doit-on décider quand il y a eu infraction aux règles de la voirie ou aux droits du voisinage? On peut dire que l'art. 1792 considère les constructions en elles-mêmes; que la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur, ne s'étend pas au-delà des vices intrinsèques des bâtiments : mais l'art. 2270, conçu en termes plus généraux que l'art. 1792, tranche implicitement la question en sens contraire : il déclare, sans distinction de causes, les entrepreneurs et les architectes, déchargés après dix ans, de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. — Si le vice est découvert, dans l'intervalle des dix années, ou si le propriétaire est inquiété dans ce délai, son action en indemnité sera recevable pendant trente ans, à partir de la découverte des vices ou à partir du trouble (Troplong n° 1014 Dall. n° 158).

Au résumé, l'architecte et l'entrepreneur sont responsables vis-à-vis du propriétaire : 1° des vices de construction; — 2° des vices du sol; — 3° de l'inobservation des règlements particuliers sur les bâtiments. — C'est aux architectes à ne dresser que des plans conformes aux règles de l'art; c'est aux entrepreneurs à exécuter convenablement les travaux dont ils se sont chargés, à n'employer que de bons matériaux et à surveiller leurs ouvriers (1).

— L'art. 1792 est-il applicable à l'entrepreneur qui a construit sur son propre sol et avec ses matériaux, une maison dont on lui a fait la commande? — Duranton (n° 255 et 217) et Duvergier (n° 369), se prononcent pour l'affirmative. — Cependant, il nous semble que l'entrepreneur ne peut être qu'un vendeur, lorsqu'il a construit sur son propre terrain, car *ædificium solo cedit* : que sa position est de tout point semblable à celle de l'entrepreneur qui vend une maison déjà construite. — La responsabilité que l'art. 1792 fait peser sur l'entrepreneur pour vice du sol, ne serait qu'un non-sens puéril, dit Troplong (n° 1015), s'il n'avait pas en vue le cas unique, où le maître aurait fourni le sol.

1793 — Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.

= Cet article, à la différence du précédent, est uniquement fondé sur l'intérêt privé du propriétaire qui veut faire construire.

(1) Duvergier, n. 363. Troplong, n. 1014.

Le traité fait par un architecte ou par un entrepreneur peut avoir lieu de deux manières : à raison de l'importance et de la valeur des travaux qui seront exécutés, après débats et examen; ou *à forfait*, c'est-à-dire, moyennant un prix déterminé et invariable, suivant un plan convenu et arrêté.

Le 1er mode, a l'inconvénient de mettre le propriétaire à la merci de l'architecte ou de l'entrepreneur;

Le 2e, lui permet de fixer immédiatement sa position, et lui procure la certitude que ses prévisions ne seront pas dépassées.

L'article qui nous occupe règle cette dernière hypothèse : il refuse à l'architecte ou à l'entrepreneur, la faculté d'exiger une augmentation de prix, même sous prétexte de changements qu'il aurait faits au plan, ou d'augmentation de prix, soit de la main-d'œuvre, soit des matériaux : les chances de gain balancent pour lui les chances de perte.

Le nouveau législateur a dû prémunir le propriétaire, contre des surprises auxquelles il était autrefois en butte : souvent il arrivait, que les architectes et les entrepreneurs suggéraient au propriétaire, l'idée de faire quelques légers changements; puis ils soutenaient, que le devis se trouvant anéanti, les travaux exécutés devaient être payés en raison de leur valeur, suivant estimation, sans qu'il y eut lieu d'avoir égard au marché conclu à forfait. — De tels abus ne peuvent se représenter aujourd'hui.

La rigueur de la règle est telle, que l'entrepreneur à forfait ne peut exiger d'indemnité pour les travaux supplémentaires qu'il a faits avant la réception de l'ouvrage, bien qu'ils aient été nécessités par des événements de force majeure, par ex. par un incendie ou une inondation (1); à moins qu'il n'ait agi sur l'ordre des ingénieurs, en cas d'utilité publique.

Toutefois, la loi n'entend pas priver les parties, du droit de modifier leurs conventions primitives ; mais alors, pour que l'entrepreneur puisse se faire indemniser du surcroît de travaux, il faut :

1° Que le propriétaire, maître de ses actions, ait donné son consentement *par écrit* à la modification du plan.—L'écriture est essentielle: l'entrepreneur ne serait pas recevable à prouver par témoins, que les changements ont été faits en présence du propriétaire, et qu'il y a eu de sa part adhésion tacite. — Il ne pourrait même lui déférer le serment, ni le faire interroger sur faits et articles (2) : à

(1) Delv. p. 118, n. 1. Cass. 28 janvier 1846. Dev. 1846, 1 635.

(2) Duvergier, n. 366. Zach. p. 48. Troplong, n. 1018. Dur. t. 17, n. 256. Paris, 12 juillet 1825. Douai, 20 avril 1831. Dev. 1831, 2, 337. Cass. 16 août 1826. Cass. 29 janvier 1845. Pal. 1845, 1, 102. —Jugé toutefois, que les changements seraient suffisamment autorisés, si le rôle de l'entrepreneur n'était pas actif ; c'est-à-dire, si le plan avait été retouché par l'auteur de la commande. Cass. 28 janvier 1846. Pal. 1846, 1, 420. Mais cet arrêt n'a rien de contraire aux précédents : le changement ainsi fait est une autorisation écrite : du reste, il ne donne pas lieu à une augmentation de prix.

défaut de justification *écrite*, il y a présomption *juris* et de *jure*, que les changements sont contraires à la volonté du propriétaire : dès lors, ils n'entraînent aucune augmentation de prix.

2° Que le prix ait été convenu d'*avance ;* autrement, le propriétaire pourrait se trouver entraîné dans des frais qui dépasseraient ses moyens.

En ce qui touche le prix, la loi n'exige pas que la preuve soit établie par écrit; elle ne reproduit pas ce qu'elle a dit sur la preuve de la convention relative aux changements : concluons de là, que les parties restent à cet égard dans les termes du droit commun : le texte use d'une assez grande sévérité contre les architectes; il ne faut pas ajouter à sa rigueur (1).

Suivant Duvergier (n° 369), ces règles doivent recevoir leur application, soit que l'architecte ait construit sur un terrain dont il était propriétaire ; soit qu'il ait construit sur le terrain de celui pour le compte de qui les travaux ont été faits : mais on peut répondre, que dans le premier cas il y aurait vente ; qu'au surplus, ces mots de l'art. 1793 : *Avec le propriétaire du sol*, supposent que les travaux ont été faits sur le sol du maître (2).

L'art. 1793 se lie intimement à l'art. 1792 : Il faut par conséquent le combiner avec l'art. 2270 et appliquer les règles qu'il établit sur les batiments, à la construction de tous gros ouvrages, quelle que soit leur nature (3).

Rappelons en terminant, que l'art. 1793 statue spécialement sur les ouvrages à forfait : il n'est donc point applicable, quand il s'agit de travaux faits, soit moyennant un prix à débattre après vérification; soit à tant la mesure ou à la journée.

1794. — Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

= La loi autorise le maître à résilier le marché par sa seule volonté, sans même l'obliger à déduire les motifs de sa détermination, quelque avancés que soient les travaux ; car des motifs impérieux peuvent le mettre dans l'impossibilité de continuer (4).

(1) Dur. n. 256. Duvergier, n. 367 et 368. Troplong, n. 1019.

(2) Troplong, n. 1022. Dall. n. 110.

(3) Cass. 28 janvier 1846. Dev. 1846, 1 635. Pal. 1846, 1, 420. Rennes, 24 décembre 1825.

(4) Bastia, 26 mars 1808. Dall. n. 161. Exceptons cependant le cas, ou les travaux seraient presque terminés. — Il a même été jugé que l'entrepreneur à forfait d'un travail et notamment d'une construction, peut l'achever nonobstant la résiliation du marché, si les travaux restant à exécuter sont nécessaires pour la conservation des travaux déjà terminés, et par suite que l'entrepreneur avait droit aux honoraires qui se rapportaient à ces derniers travaux, ainsi qu'à ceux dus pour les travaux déjà exécutés lors de la résiliation du marché à forfait. (Cass. 3 février 1851 D. p. 51. 1, 52).

La disposition de l'art. 1794 déroge au principe établi par l'art. 1134 : mais dans l'espèce, la faculté laissée au propriétaire était commandée par l'équité : d'ailleurs, l'architecte ou l'entrepreneur n'a plus d'intérêt, dès qu'on l'indemnise de ses avances, des travaux qu'il a faits, et du gain que l'entreprise lui aurait procuré si elle eût été conduite à fin (*lucrum cessans*) (1) : le contrat est accompli à son égard.

Pothier (nº 440), enseigne que l'on doit comprendre dans les dommages-intérêts dus à l'entrepreneur, le profit qu'il aurait pu faire dans d'autres marchés, s'il n'eût pas été lié par celui qui est résilié : mais ce serait traiter comme débiteur de mauvaise foi (1151), un propriétaire qui peut avoir eu les plus graves motifs pour abandonner son projet.—Au surplus, cet élément n'est pas compris dans l'énumération que contient l'art. 1794.

Nous pensons que les juges doivent, en évaluant le profit que l'entrepreneur pouvait espérer, prendre en considération les circonstances qui ont déterminé le propriétaire à rompre le marché : ils seront plus sévères, par exemple, si la résiliation est l'effet d'un caprice ou de l'inconstance, que si elle est causée par un dérangement de fortune.

Les à-comptes payés à l'entrepreneur, doivent s'imputer, comme de raison, sur la somme qui lui est attribuée à titre de dommages-intérêts.—Si le prix avait été payé en entier, le maître pourrait exiger la restitution de ce qui excéderait cette somme ; car la créance de l'entrepreneur était subordonnée à l'achèvement de l'ouvrage.—Du reste, en pareil cas, les tribunaux accordent des délais.

Bien que notre article ne parle que du marché à forfait, il y a même raison de décider, au cas d'un ouvrage fait à tant la mesure (2).

Remarquons surtout, que le maître seul peut résilier le marché par sa seule volonté : l'architecte et l'entrepreneur ne jouissent pas de cette faculté. — La différence des obligations contractées, explique suffisamment pourquoi le droit accordé à l'un, est refusé à l'autre : l'ouvrier doit connaître son état et calculer toutes les chances que l'opération peut présenter; par conséquent, il est tenu de remplir ses engagements, à peine de dommages-intérêts. (Pothier nº 443.) (3).

— L'art. 1794 est-il applicable, lorsque l'entrepreneur travaille sur son propre sol ? Le maître peut-il en ce cas résilier le marché par sa seule volonté ? — Pour l'affirmative, on dit que l'entrepreneur n'est que courtier d'ouvrages, et non vendeur d'une chose future (4). — C'est là une erreur que nous avons eu plusieurs

(1). Troplong, n. 1026.

(2) Dur. n. 257. Duvergier, n. 371. Troplong, n. 1008. Lepage, p. 80.

(3) Troplong, n. 1031. Merlin, p. 264, n. 13. Duvergier, t. 2 n. 374. Dur. t. 17, n. 257.

(4) Dur. n. 166 et suiv. Zach. t. 3, p. 46. — Duvergier, n. 335, ne voit dans ce contrat

fois occasion de relever, la question doit se résoudre par les principes de la vente or, la vente lie les deux parties; l'une ne peut se dégager sans le consentement de l'autre. — Il résulte clairement du mot *marché*, compris dans l'art. 1794, que cet article ne règle que le cas où l'ouvrier travaille sur la chose d'autrui (1).

1795. — Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur.

= Le louage d'ouvrage a cela de particulier, qu'il est toujours fait en considération de la personne qui loue son industrie.

Sous notre ancienne jurisprudence, on distinguait entre les ouvrages ordinaires qui peuvent être faits par un tiers, et ceux dans lesquels le talent du conducteur est spécialement pris en considération : au premier cas, le contrat subsistait; dans le second, il était dissous par la mort de l'ouvrier; — « Par exemple, dit Pothier (n° 453), si j'ai fait marché avec un vigneron pour cultiver ma vigne pendant plusieurs années, ou si j'ai fait marché avec un architecte pour qu'il me batisse une maison, les héritiers seront tenus de faire l'ouvrage; mais si le maître a été déterminé par la confiance que lui inspirait le talent de l'ouvrier, le contrat s'éteint.» — M. Regnaud proposa d'admettre cette distinction : mais M. Réal répondit qu'elle était injuste; car le propriétaire n'a pu prévoir qu'il se trouverait un jour avoir contracté avec la veuve de l'ouvrier, ou avec les enfants en bas âge peut-être qu'il aurait laissés : que dans ce dernier cas, l'exécution du marché serait même impossible; car à chaque instant, il faudrait des avis de parents et le concours d'une famille entière, pour autoriser des achats, des ventes de matériaux ou des emprunts. — M. Regnaud insista, tout en modifiant néanmoins sa proposition : l'embarras d'exécuter un marché, ne devait pas, suivant lui, priver les héritiers des bénéfices présentés par l'entreprise; ils pourraient faire terminer les travaux par un ouvrier que le propriétaire accepterait. — Mais M. Treilhard fit observer à son tour, « qu'un tel système nécessiterait la désignation d'un jury pour prononcer sur l'habileté de l'ouvrier, si les parties ne s'entendaient point; que le louage d'ouvrage devait être considéré comme un fait personnel de l'ouvrier; car son aptitude, ses soins, ses talents, sont toujours pris en considération par le maître.» — En conséquence, on décida que la résiliation aurait lieu, qu'elle que fut l'espèce d'ouvrage; quand même il aurait pu être fait par d'autres, et que les héritiers de l'ouvrier, de même que le maître, auraient le droit d'invoquer la résiliation (2).

L'article 1237, qui permet à l'ouvrier de se faire remplacer, n'est

qu'un louage; il est conséquent : mais Duranton et Zach. ne le sont pas; car ils admettent comme nous, qu'il s'agit d'une vente.

(1) Marcadé, art. 1799. Troplong, n. 1030. *Voy.* cep. Duvergier, n. 335, et Dur., n. 966 et suiv.

(2) Troplong, n. 1034 et 1035. Toullier, t. 6, n. 408. Dur. t. 17, n. 258. Zach. t. 3, p. 47. Duvergier, t. 2, n. 377.

pas en contradiction avec l'article 1795 : la responsabilité de l'ouvrier remplacé reste entière vis-à-vis du maître (1); elle n'est point effacée par ce concours.

Les héritiers de l'ouvrier, loin d'être obligés, ne peuvent exécuter le contrat contre le gré du maître.—Ils ne peuvent même exiger d'indemnité à raison, soit des travaux déjà exécutés; soit des matériaux déjà préparés, (sauf le cas prévu dans l'article suivant) : les termes de la loi sont absolus.

La mort du maître n'est jamais une cause de résiliation; car il doit être indifférent à l'ouvrier, de travailler pour une personne ou pour une autre : ses héritiers succèdent aux droits et obligations qui résultent du contrat; ils doivent s'entendre pour continuer le marché ou pour le rompre; — s'ils ne peuvent se concilier, le juge prononce, soit sur la demande de l'un d'eux; soit sur la demande de l'entrepreneur : il prend surtout en considération l'intérêt de la succession : *quid utilius* (2). La loi n'exige point ici, pour la résiliation, l'accord de toutes les parties (1670 et 1685).

Gardons nous de confondre le louage d'ouvrage avec la convention par laquelle une partie s'oblige non à faire une chose, mais *à la procurer* : en ce cas, la capacité personnelle du promettant n'est pas prise en considération; dès lors, l'obligation passe à ses héritiers (3) : — par ex., le louage de transport des marchandises ne se résout point par la mort du commissionnaire; car on considère alors, non l'industrie du voiturier, mais le fait du transport : — je m'engage à faire construire pour vous une maison, d'après un plan arrêté entre nous : le contrat ne sera pas résilié par mon décès.

Il faut également se garder de confondre l'obligation principale que l'entrepreneur a contractée, avec celle de payer des dommages-intérêts en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution : si des dommages-intérêts sont dus au moment de son décès, ses héritiers ne sont point à l'abri des poursuites du maître.

Si la construction est dirigée par un architecte, et exécutée par un entrepreneur, la mort du premier rompt-elle le marché fait avec le second, *aut vice versa?* Non, évidemment; leurs obligations son distinctes.— Peu importerait qu'ils se fussent engagés solidairement: la mort de l'un des coobligés solidaires n'éteint pas l'obligation de celui qui a survécu (4).

1796. — Mais le propriétaire est tenu de payer en propor-

(1) L'art. 1237, qui permet à l'ouvrier de se faire remplacer, n'est pas en contradiction avec l'art. 1795 : l'emploi d'un remplaçant n'efface pas la personne de l'ouvrier comme sa mort; sa responsabilité vis-à-vis du maître reste entière.

(2) Pothier, n. 444 et suiv. Dur. t. 17, n. 257. Duvergier, n. 373. Delv. p. 118, n° 6

(3) Duvergier, n. 378. Dur. t. 17, n. 257. Troplong, n. 1057. Toullier, n. 409, t. 6. Troplong, n. 1029. Lepage, lois des bâtiments, p. 85.

(4) Lepage, p. 83. Dall. n. 175. Bruxelles, 7 décembre 1842.

tion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles.

= La mort de l'entrepreneur entraîne bien pour l'avenir la dissolution du contrat; mais elle ne dispense pas le maître de payer la valeur des matériaux et celle de l'ouvrage exécuté, bien entendu lorsque les matériaux ou les travaux peuvent lui être utiles; c'est-à-dire, lorsque l'ouvrage fait a une valeur réelle; lorsqu'il peut être continué par un nouvel entrepreneur : nul en effet ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. — L'utilité doit être considérée par rapport à l'ouvrage qui faisait l'objet de la convention; à la destination de cet ouvrage, conformément au marché. Les ouvriers ne sont pas admis à alléguer que les matériaux peuvent être utiles au maître pour un autre ouvrage, ou que les travaux exécutés peuvent recevoir une autre destination (1).

Si les parties ne s'accordent sur le montant de l'indemnité, la valeur des matériaux et celle des travaux doit être fixée approximativement par experts, eu égard à la valeur qu'aurait la totalité de l'ouvrage (d'après la convention), s'il était terminé.

Il est possible que les travaux soient si peu avancés, qu'ils ne puissent être d'aucune considération dans l'arrangement que le maître pourra faire avec un autre entrepreneur : la loi le dispense alors d'en payer la valeur; sauf aux héritiers à les enlever (555).

— Les articles 1795 et 1796 sont-ils applicables, lorsque l'ouvrier travaille sur son propre terrain, ou lorsqu'il fait un ouvrage avec sa matière? — Ces articles ne statuent que pour le louage d'ouvrage; or, dans le cas prévu il s'agit d'une vente. (Voy. art. 1787). — Le contrat dont nous parlons, se gouverne par des règles propres à sa nature : il périt avec l'ouvrier, si l'ouvrage ne peut-être fait par d'autres; Il subsiste dans le cas contraire : la distinction admise par Pothier, n. 453 et 454 est applicable ici. (2)

1797. — L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie.

= Lorsque des travaux ont été soumissionnés par un entrepreneur, la responsabilité des accidents survenus par le défaut de précautions pèse sur lui; quand même il aurait employé des tâcherons. — Quant à l'architecte, il répond seulement de la bonne exécution des travaux (3).

1798. — Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action

(1) Duvergier, n. 389. Delv. t. 3, p. 218. Troplong, art. 1796.
(2) Troplong. n. 1044. Dall. n. 178. Voy. cep. Zach. t. 3, p. 47 et 48.
(3) Paris, 4 juillet 1846 Pal. 1846, 2, 569.

contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée.

= Dans la rigueur du droit, les ouvriers n'ont d'autre débiteur que celui qui les a employés : cependant, afin d'éviter un circuit d'actions, notre article leur confère une action contre le maître, jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où l'action est intentée. L'équité veut d'ailleurs, qu'une créance née de leur travail soit affectée au payement de leur salaire.

Mais agissent-ils en leur nom personnel, ou seulement en vertu de l'art. 1166, du chef de l'entrepreneur ? Ils agissent en leur nom personnel, *jure proprio*, comme ayant une part dans le prix des travaux.

De ce principe il résulte :

1° Qu'il suffit aux ouvriers, pour garantir leurs droits, de faire au propriétaire une simple notification, par acte extra-judiciaire portant défense de payer à l'entrepreneur.

2° Que les autres créanciers de l'entrepreneur ne viennent pas en concours avec eux sur le prix des travaux effectués, encore dus par le maître.

Toutefois, es sommes payées jusqu'alors par le maître à l'entrepreneur, comme à-compte sur le prix, sont perdues pour les ouvriers; car le maître a dû voir dans ce dernier un créancier légitime, ou du moins un mandataire

L'action conférée aux ouvriers, par l'article 1798, a la plus grande analogie avec celle que l'article 1753 donne au propriétaire bailleur contre les sous-locataires.

Les quittances données par l'entre preneur, peuvent être opposées aux ouvriers quoiqu'elles n'aient pas date certaine (*voyez* p. 407).

Quid si l'entrepreneur a cédé sa créance? Cette cession prive de leurs droits les créanciers qui n'ont pas agi antérieurement ; elle équivaut à un payement (2).

(1) Dur., t. 17, n. 262. Duvergier, t. 2, n. 381. Troplong, t. 3, n. 1048 et suiv. Marcadé, art. 1799. Rouen, 31 mai 1826. Douai, 30 mars 1833 et 13 avril 1833. Dev., 1833, 2, 536 et 537. Paris, 10 février 1847. Pal., 1847, 1, 451. Dall., n. 117. — *Voy.* cep. Delv., p. 118, n. 5. Dans ce dernier système, les ouvriers ne pourraient agir qu'en vertu de l'art. 1166 ; mais alors l'art. 1798 serait inutile. — Vainement dirait-on que ce serait créer un privilége au profit des ouvriers, et que les priviléges ne peuvent résulter que d'un texte formel ; qu'un décret du 12 décembre 1806 établit un privilége, au profit des sous-traitants, sur les sommes qui peuvent être dues aux entrepreneurs par l'Etat, et que ce décret n'étend pas le privilége aux ouvriers dont il est parlé dans l'art. 1798 : — Nous répondrions, que le privilége résulte des termes de l'art. 1798, et que le décret de 1806, accorde un privilége aux sous-traitants, précisément, parce que l'art. 1798 en accorde un aux ouvriers. Paris, 7 juillet 1855. D. p. 56, 2, 6.

(2) Marcadé, art. 1799. Dur., n. 262. Lyon, 21 janvier 1846. Pal., 1846, 2, 615. Dev., 1846. 1, 262. Cass. 18 janvier 1854. D. p. 54, 1, 121. *Voyez* cep. Fremy-Ligneville, n. 236.

Il va sans dire, que les ouvriers ne peuvent venir qu'en vertu de l'art. 1166, avec les autres créanciers, sur le montant des obligations dont le propriétaire est tenu envers l'entrepreneur, si elles n'ont pas pour cause leurs travaux.

Observons, que l'action directe contre le maître n'est accordée qu'aux ouvriers dont le travail manuel a contribué aux constructions : elle est implicitement refusée aux commis que l'entrepreneur a employés et même aux fournisseurs de matériaux (1).

1799 — Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section : ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent.

CHAPITRE IV.

DU BAIL A CHEPTEL.

= Le mot *cheptel*, désigne en général un troupeau de bétail (2), c'est-à-dire, une universalité qui se perpétue par le renouvellement des individus, et dont le produit peut rapporter quelque profit, soit pour l'agriculture, soit pour le commerce (1802) : c'est en ce sens qu'on l'emploie dans les art. 1805 et 1806. — Il exprime aussi quelquefois le contrat lui-même (*voy.* art. 1806, 1816 et 1818).

Le contrat de cheptel participe du bail à ferme, du louage d'ouvrage, du louage des choses, des contrats aléatoires et de la société :

Du bail à ferme, car le preneur reçoit des choses qui produisent des fruits naturels ;

Du louage d'ouvrage, car le preneur doit donner des soins réels à la chose ;

Du louage des choses, puisque l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'un fonds de bétail ;

Des contrats aléatoires, car dans le cheptel simple, le bailleur se décharge sur le cheptelier d'une partie des risques de la chose ;

Enfin, il participe sous certains rapports du contrat de société, et prend même le caractère d'une société véritable, lorsqu'il s'agit du cheptel à moitié. — Mais, hors ce cas, il faut reconnaître que le

(1) Mercadé, art. 1799. Lyon. 21 janvier 1846. Pal. 1846, 2, 615.

(2) On écrivait autrefois *chetel* : ce mot, puisé dans la basse latinité, vient du mot *capitale* ou *captale*, *catallum*, *caballum*, employé dans la basse latinité, pour exprimer un ensemble de choses mobilières et spécialement *troupeau*.

Le bail à *cheptel* est ainsi nommé parce que les bestiaux qui composent le cheptel sont livrés au preneur, non en tant qu'individus ; mais comme formant une agrégation ayant une valeur en bloc, un capital estimé et devant être rendu en cette qualité.

caractère du louage d'ouvrage domine dans le cheptel : « Il est évident, en effet, disait M. Mouricault dans son rapport, que l'association n'est ici qu'un contrat secondaire ; que le contrat principal est un bail : celui par lequel le preneur promet et se fait payer ses soins : que le troupeau n'entre pas dans la société ; que le bailleur en reste propriétaire ; qu'enfin, l'association au profit et à la perte n'est qu'un supplément au prix du bail » (1).

Le bail à cheptel n'est soumis à aucune forme particulière ; il peut dès lors être prouvé par un acte soit authentique, soit privé ; même par témoins, suivant les règles établies au titre des obligations (art. 1311 et suiv.) (2).

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1800 — Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles (3).

= Il n'est pas exact de dire : *que l'une des parties donne à l'autre* : nous verrons, en effet, que le cheptel peut être fourni par l'une et l'autre partie (1818).

D'un autre côté, le bailleur ne donne pas le troupeau : il le livre ; il le confie pour un certain temps ; mais il ne l'aliène pas.

Remarquons en outre, que le contrat est formé non-seulement pour garder, nourrir et soigner le troupeau ; mais encore et surtout pour en tirer profit.

Quant à ces mots : *sous les conditions convenues entre elles*, ils tombent dans le vague par leur excessive généralité : le but unique de la loi est de faire entendre que l'avantage tiré de cette convention ne consiste pas toujours pour l'une et l'autre partie dans un partage de profit :

Ainsi, la définition générale du bail à cheptel, donnée par notre article, est incomplète : on ne pouvait embrasser dans une même définition, les differentes sortes de cheptel : tout ce que l'on peut dire, c'est que le bail à cheptel *est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre des animaux de quelque espèce que ce soit,*

(1) Davergier, n. 387. — Suivant Dur., n. 265 et Troplong, n. 1063, le louage d'ouvrage ne serait ici qu'un élément secondaire.

(2) Cass. 2 décembre 1828.

(3) Les règles du bail à cheptel varient, suivant qu'il s'agit du cheptel simple, du cheptel à moitié, ou du cheptel de fer. Il est dès lors impossible de réunir dans une définition générale les éléments du bail à cheptel : le législateur eût mieux fait de ne pas tenter une définition qui devait être nécessairement inexacte.

susceptibles de croît ou de profit pour l'agriculture ou le commerce, en vue de partager les bénéfices, suivant leurs conventions.

En matière de cheptel, la liberté de contracter est soumise à certaines restrictions (*voy.* art. 1811, 1819 et 1528).

1801 — Il y a plusieurs sortes de cheptels :

Le cheptel simple ou ordinaire,

Le cheptel à moitié.

Il y a encore une quatrième espèce de contrat improprement appelé *cheptel.*

1802 — On peut donner à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de croît ou de profit pour l'agriculture ou le commerce.

= Ainsi, les seuls animaux susceptibles d'être donnés à cheptel, sont ceux qui peuvent procurer quelques profits pour l'agriculture ou le commerce : — On donne pour exemple, les bêtes à laine, les chèvres, les porcs, les bêtes aumailles et les chevaux.

Les volatiles domestiques ne peuvent être l'objet d'un bail à cheptel ; car le capital qu'ils représentent ne dépasse point les facultés de ceux qui les élèvent. — Lorsqu'ils se trouvent attachés à une ferme, comme des pigeons de colombier, le fermier en jouit, suivant les règles applicables aux autres parties de la ferme (1).

Même observation, quant aux abeilles et aux vers à soie (2).

Quant aux animaux des ménageries, évidemment ils ne sont pas suceptibles d'être donnés à cheptel : les personnes qui s'en servent, n'ont d'autre but que de spéculer sur la curiosité publique.

1803 — A défaut de conventions particulières, ces contrats se règlent par les principes qui suivent.

= Ainsi, dans le cheptel, comme dans tout autre contrat, les conventions sont la première règle à suivre.

SECTION II.

DU CHEPTEL SIMPLE.

Dans le *cheptel simple*, le fonds est fourni par le bailleur seul ; la propriété du troupeau repose en entier sur sa tête : c'est là ce qui distingue principalement ce cheptel du cheptel *à moitié*, contrat dans lequel chacune des parties fournit une égale part de bestiaux.

(1) Troplong, n. 1068. Encyclop. du droit, v° Cheptel.
(2) Vaudoré, v° Abeilles.

Le *cheptel simple* est considéré sous le Code comme une sorte de louage de services : en effet, celui des contractants qui le confie (appelé *bailleur*), n'est pas censé faire à l'autre partie (désignée sous le nom de *preneur*), l'avance de la moitié du *cheptel :* ainsi que nous l'avons dit, il en conserve exclusivement la propriété ; le preneur est seulement chargé de garder, nourrir et soigner le troupeau, moyennant une certaine récompense, qui consiste dans les menus profits du bétail. — Toutefois, pour intéresser davantage le preneur, le bailleur lui abandonne en outre une part dans les autres profits, à charge de supporter une part dans la perte.

Reconnaissons dès-lors que le cheptel simple est un contrat mixte ; car il participe du contrat de société, en ce qui concerne le partage des bénéfices et des pertes ; et du louage, en ce qui concerne les autres rapports que cette convention établit entre les parties (1).

La loi détermine, dans les art. 1804 et 1805, la nature du cheptel simple ; — art. 1806 et 1816, les droits et les obligations du preneur ; — art. 1811, certaines clauses qui en sont exclues. — Enfin, l'art. 1817 fixe l'époque à laquelle doit avoir lieu le partage du cheptel, et la manière d'opérer ce partage.

Le cheptel simple peut se former avec le colon partiaire du bailleur (*voyez* art. 1819, 1827-1830).

1804 — Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît, et qu'il supportera aussi la moitié de la perte (2).

= Les termes de notre article indiquent suffisamment, que dans le cheptel simple, le preneur doit pourvoir à ses risques et périls et même à ses dépens s'il y a lieu, au logement, à la nourriture et à la litière des bestiaux.—Nous verrons qu'il en est autrement, lorsque le cheptel est donné à un fermier ou à un colon partiaire (3).

Le croît et la tonte se partagent ; mais le preneur profite seul du laitage, du fumier et du travail des animaux (1811).

(1) *Voy.* Pothier, n. 2 et 4. Troplong, n. 1059 et suiv.

(2) Définition incomplète : l'article ne parle ni de la propriété du fonds de bétail, et cependant, il résulte de l'art. 1805 qu'elle n'est pas transportée au preneur ;—ni de la *laine* et cependant, nous voyons art. 1811, qu'elle appartient pour partie au preneur.—Enfin, il n'est question dans l'art. 1804, ni du laitage, ni des fumiers, ni du labeur des animaux, sortes de profits qui sont le lot exclusif du preneur.

(3) Puisque le bailleur livre des bestiaux, et perçoit pour prix la moitié du croît, s'il y a un excédant, la cour de Nîmes nous semble avoir jugé à tort, le 11 novembre 1816, qu'il y avait bail à cheptel, dans la convention par laquelle un individu donnait à un autre des bestiaux pour les nourrir et soigner, à condition que le preneur ferait compte annuellement au bailleur d'une certaine somme, pour lui tenir lieu de produits : cette convention ne constituait qu'un louage de service.

1805 — L'estimation donnée au cheptel dans le bail, n'en transporte pas la propriété au preneur; elle n'a d'autre objet que de fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à l'expiration du bail.

= Les parties doivent prudemment faire estimer le cheptel au moment du bail; mais cette estimation n'est qu'un acte de prudence : elle a pour but unique (la loi prend soin de le déclarer), : 1° de déterminer la somme que le preneur devra rembourser au bailleur, si le bétail n'est pas représenté en totalité, à la fin du bail; — 2° d'établir une base pour l'évaluation du profit à partager.

On ne peut appliquer la maxime : *æstimatio facit venditionem*; car il n'est pas possible de supposer que telle ait été l'intention des parties.

1806 — Le preneur doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel.

= Le preneur doit garder et soigner le fonds de bétail qui lui est confié (1800 et 1804). La loi ne lui impose que les soins d'un bon père de famille (1); c'est-à-dire, d'un administrateur prudent et diligent : il doit, par ex., se procurer des étables convenables; des pailles et du grain de bonne qualité; de bons pâturages, etc.

Le cheptelier répond non-seulement de sa propre faute; mais encore, de celle de ses pâtres.

1807 — Il n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée.

= Le preneur, comme tout débiteur de corps certain, est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue (1302). — Si le bailleur prétend ensuite que le cas fortuit a été précédé de quelque faute de la part du preneur, il doit à son tour en fournir la preuve :

Exemple : le preneur prouve que les animaux sont morts de maladie ou qu'ils ont été volés : le bailleur est admis à établir qu'ils n'ont pas été gardés soigneusement; qu'on les a conduits dans de mauvais pâturages, ou que les bergeries ont été mal gardées.

Ces mots : *il n'est tenu du cas fortuit*, etc., pourraient porter à penser, que la perte partielle, arrivée par cas fortuit, est pour le tout à la charge du bailleur : une pareille interprétation serait erronée (*voyez* art. 1804) : la loi veut seulement faire entendre, que

(1) Troplong. n. 1078 et suiv. Dur. n. 271. Suivant Duvergier, n. 394, le cheptelier est tenu même de la faute très-légère.

cette perte, qui serait exclusivement à la charge du preneur, si la force majeure n'était pas prouvée, sera supportée par moitié dans le cas contraire (1810).

Si le fonds de bétail périt en totalité par cas fortuit, sans que le preneur soit en faute, la perte est pour le tout à la charge du bailleur (*voyez* art. 1810).

1808 — En cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur.

= Cette disposition est une conséquence de la précédente : lorsque le cheptelier a prouvé le cas fortuit, la loi présume par cela même qu'il est exempt de faute; sauf au bailleur à détruire cette présomption, en prouvant que le cas fortuit a été la conséquence d'une faute.

Observons, que le cheptelier jouit d'une faveur qui est refusée en général aux preneurs (1732) : dans les cas ordinaires, le preneur doit prouver que la perte ne peut être imputée à sa négligence : le vol simple, sans violence ni effraction, l'incendie et autres circonstances de force majeure qui n'excluent pas la faute, ne le déchargent point : l'art. 1808 veut qu'il en soit autrement à l'égard du cheptelier : il impose au bailleur, l'obligation de prouver le concours de la faute. — Sous ce rapport, l'art. 1808 n'est qu'une exception; cette exception était commandée par l'indulgence que mérite une classe d'individus en général pauvre et à ce titre digne d'intérêt (1).

1809 — Le preneur qui est déchargé par le cas fortuit, est toujours tenu de rendre compte des peaux des bêtes.

= Puisque le bailleur conserve la propriété des bestiaux, les peaux des bêtes mortes doivent lui appartenir; suivant la règle : *Quod ex re meâ superest, meum est.*—Par conséquent, le preneur est tenu d'en rendre compte; c'est-à-dire, de les restituer, ou du moins, de faire connaître ce qu'elles sont devenues.

L'art. 1809 ne signifie donc pas, que le cheptelier devra toujours et nécessairement représenter les peaux; car cela serait souvent impossible; notamment, lorsque des mesures sanitaires ont fait prescrire que les corps des bêtes seraient enfouis avec les cuirs; ou lorsque des brebis ont été volées ou dévorées par des animaux carnassiers.

(1) Dur. n. 272. Troplong, Louage, n. 22, note et n. 1092. Vente, n. 402. — Suivant Duvergier, n. 398 et 399, il ne suffit pas au preneur de prouver le fait; il doit de plus établir qu'il a pris toutes les précautions d'un bon père de famille prudent : on répond, que l'art. 1808 consacre une exception; que le cheptelier se trouve dans une position à part.

1810. — Si le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte en est pour le bailleur.

S'il n'en périt qu'une partie, la perte est supportée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire, et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel.

= Lorsque le cheptel a péri par cas fortuit, il semblerait que le preneur dût être affranchi de toute responsabilité : cependant, notre article ne consacre cette conséquence des principes établis par l'art. 1807, que dans le cas de perte totale; il veut que la perte partielle, soit supportée en commun : ainsi, le preneur est plus favorablement traité, lorsque la perte est totale que dans le cas de perte partielle ; ce qui paraît inconséquent.

On remarque d'ailleurs, qu'il est dangereux d'exposer le preneur à désirer que le malheur soit complet; car on peut craindre, que dans une grande mortalité, par ex., il ne donne pas tous les soins convenables à la conservation des animaux qui survivent. — Le législateur a sans doute voulu se rapprocher des règles ordinaires du louage (1722).

Si le cheptel n'a péri qu'en partie, le bail subsiste.—Nous supposons, qu'une fraction importante du troupeau a été sauvée : il va sans dire que deux ou trois têtes encore existantes, ne constitueraient pas l'universalité comprise sous le nom de *troupeau;* ce seraient là des individus isolés.

Le cheptelier n'est pas tenu de réparer immédiatement la perte : mais tant que le *déficit* n'est pas comblé, il perd le bénéfice de la moitié du croît.—A la fin du bail, si le troupeau n'est pas recomposé, le propriétaire peut exiger une indemnité en argent.— La loi prend même soin de fixer les bases de l'indemnité : chacune des parties supporte la moitié de la différence qui existera entre l'estimation originaire et celle qui aura lieu à l'expiration du bail (1817).

Ex. : Un troupeau estimé 10,000 francs a été livré : à la fin du bail, il se trouve réduit à une valeur de 5,000 francs : le cheptelier devra payer au bailleur 2,500 francs, pour sa part dans la perte (1).

Il va sans dire que les parties peuvent échapper aux combinaisons de la loi, par des arrangements particuliers.

Clause prohibée dans le Cheptel simple.

1811. — On ne peut stipuler,

Que le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit et sans faute,

(1) La règle établie par l'art. 1810, pour le cas de perte partielle, est contraire à la logique : car elle s'écarte de la maxime : *Res perit domino.* — Elle est en outre contraire à l'équité; car elle ajoute aux charges d'une pauvre et pénible industrie : *Dura lex sed lex.*

Ou qu'il supportera, dans la perte, une part plus grande que dans le profit,

Ou que le bailleur prélèvera, à la fin du bail, quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni.

Toute convention semblable est nulle.

Le preneur profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux donnés à cheptel.

La laine et le croît se partagent.

= Les chepteliers sont ordinairement des gens pauvres, ignorants et qu'il est facile de surprendre : pressés par le besoin, ils pourraient se soumettre à des conditions trop onéreuses : le législateur s'est proposé, par cette disposition, de mettre un frein à la cupidité des bailleurs ; il a balancé avec une stricte rigueur, les droits et les obligations du preneur, eu égard à ses soins, aux déboursés qu'il peut être tenu de faire, et à l'obligation si onéreuse de contribuer à la moitié de la perte partielle : on ne peut, en conséquence, déroger à cette économie : toute clause par laquelle le preneur s'engagerait à supporter dans la perte, une part proportionnellement plus considérable que celle qu'il prend dans le profit, serait nulle.

Par suite, la loi proscrit :

1° Toute convention qui mettrait à la charge du preneur, la perte totale du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit ;

2° La convention portant qu'il supportera dans la perte une part plus considérable que celle qu'il est appelé à prendre dans le profit.

De telles sociétés seraient léonines ; elles auraient d'ailleurs ce résultat inique, de mettre les chances de bénéfice du côté du plus riche, et les chances de perte, du côté du plus pauvre. — Mais on pourrait valablement charger le preneur des 3/4 de la perte, pourvu qu'il eût les 3/4 des profits ; ou même de la perte totale, en lui abandonnant tout le profit (Arg. de l'art. 1828, § 2) (1).

3° La convention qui autoriserait le bailleur à prélever, lors de l'extinction du bail, quelque chose de plus que la valeur du cheptel qu'il a fourni : une semblable clause favoriserait l'usure. — Le bailleur ne peut donc stipuler, qu'il aura le choix, dans le nombre des bestiaux formant l'excédant à partager ; qu'il prélèvera une quantité d'animaux égale à celle qu'il a livrée, sans faire raison de l'augmentation de valeur ; qu'il prendra une ou plusieurs bêtes avant partage ; que le preneur sera tenu de lui céder sa part dans les toisons, à un prix inférieur au prix courant annuel ; enfin, qu'il aura droit, pendant la durée du bail, à plus de la moitié des bénéfices : Ce seraient là des voies détournées, par lesquels on arriverait à léser le cheptelier et à procurer au bailleur des avantages qui ne pourraient résulter d'une convention patente.

(1) Duvergier, n. 405. Troplong, n. 1130. *Voy.* cep. Dur. n. 276. Delv. t. 3, p. 206 note.

Ces trois premières clauses sont formellement frappées de nullité par le 5e alinéa de notre article. — Si l'une d'elles a été insérée dans le contrat, le cheptel est-il anéanti en entier? Non sans doute : l'art. 1811 ne frappe de nullité que la convention relative à une fixation inégale de la part du cheptelier dans le profit et dans la perte : les autres parties du contrat produisent donc leur effet; suivant la maxime : *utile per inutile non vitiatur* (1).

Mais cette convention même doit-elle être annulée, tant pour le partage du gain que pour la contribution à de la perte? *Quid*, par ex., si l'on a mis à la charge du preneur, les 3/4 de la perte tandis qu'il ne peut recueillir que les 2/3 des bénéfices? Il nous paraît d'abord évident, que le bailleur ne sera pas admis à se prévaloir de la nullité, à l'effet d'obtenir que la part du preneur dans le profit, soit réduite à la moitié; car les règles prohibitives qui nous occupent ne sont pas établies dans son intérêt (2) : le preneur seul peut les invoquer : or, dans notre hypothèse, il gardera certainement le silence, si la liquidation qui aura lieu à la fin du bail, présente un bénéfice net; car la convention lui assure les 2/3 des bénéfices, tandis que d'après la loi, il n'en aurait que la moitié. — L'intérêt pour lui ne naîtra que s'il y a perte : alors seulement, il ne manquera pas d'opposer la nullité, afin d'obtenir que le partage ait lieu par moitié, conformément aux règles légales : point de difficultés jusqu'ici (3).

Mais Duranton (n° 279) semble décider, que si la liquidation présente un excédant, le preneur est fondé à prétendre qu'on doit lui accorder les 3/4 des bénéfices; attendu qu'aux termes de la convention, il eût dû supporter les 3/4 de la perte, en cas de déficit (4). Nous reproduisons ce passage; car le raisonnement est spécieux et difficile à saisir : « Si le bail, dit-il, accordait les 2/3 du profit au preneur, et mettait à sa charge les 3/4 de la perte, ce dernier serait fondé à prétendre qu'il ne doit supporter que les 2/3 de la perte... La fixation qui a eu lieu de la part du preneur dans le profit, n'était pas prohibée, et l'on ne doit pas annuler une partie utile d'une clause, à raison d'une partie inutilement convenue, sous prétexte que l'une était la condition de l'autre : *utile per inutile non vitiatur*... La partie de la clause contraire à la loi, c'était celle qui mettait à la charge du preneur une part plus forte dans la perte, que celle qui lui était attribuée dans le profit..., ainsi, nous regardons comme très-valable, dans l'intérêt du preneur, la clause qui lui attribuerait les 2/3 dans le profit, quoiqu'il ait les 3/4 dans la perte

(1) Troplong, n. 1137. Encyclop. v° Cheptel, n. 39.

(2) Delvincourt, t. 3, p. 205, semble admettre que la nullité peut-être proposée par les deux parties.

(3) Troplong, n. 1138. Duvergier, n. 410. Dur. n. 279. Encyclop. v° Cheptel, n. 39.

(4) Entendu autrement, ce passage n'aurait pas de sens.

à sa charge; seulement s'il y avait perte, il en supporterait les 2/3 et non les 3/4. — Mais nous n'annulons pas cette partie de la clause en son entier; ce qui aurait pour résultat de faire supporter au preneur la moitié seulement de la perte, d'après le droit commun; nous la regardons au contraire comme valable; mais en la mettant en rapport avec ce que le preneur d'après le contrat, aurait dû avoir dans le profit, s'il y avait eu profit au lieu de perte. »

Ce système est critiqué avec raison (1) : en effet, les deux clauses sont corrélatives, inséparables : l'une est la condition nécessaire du maintien de l'autre : le bailleur n'eût pas accordé au preneur les 2/3 des bénéfices, si ce dernier de son côté n'eût pas pris à sa charge les 3/4 des dettes. — La maxime : *utile per inutile non vitiatur*, invoquée par Duranton, ne signifie pas que l'on peut enfreindre une clause d'un contrat, de manière à lui attribuer dans un cas, des effets qu'on lui refuse dans un autre; mais que si un même contrat renferme des stipulations diverses, la nullité de l'une ne vicie pas celles qui sont valables : or, nous le répétons, dans notre espèce, il s'agit d'une seule et même convention, composée de deux parties intimement liées : si le preneur provoque la nullité de celle qui lui préjudicie, tout s'écroule; on revient nécessairement au principe d'égalité que la loi a consacré pour le cas où il n'existe pas de conventions spéciales.

Observons, que la nullité pourrait être invoquée, même pendant la durée du bail, si les prélèvements inégaux que prohibe la loi, devaient être exercés avant qu'il ne fût expiré.

Ne perdons pas de vue, que le législateur s'est uniquement proposé de protéger le cheptelier contre le bailleur : rien ne s'opposerait donc à ce qu'on mît à la charge de ce dernier la perte totale du cheptel, bien qu'il ne dût recueillir qu'une quotité du profit, ou même rien : ce serait rentrer dans la règle *res perit domino*.

Voyons maintenant quels sont les droits du preneur sur les produits du cheptel : parmi ces produits il en est qui lui sont attribués exclusivement; il en est d'autres dont il ne prend que moitié.

Le preneur profite seul du laitage (c'est-à-dire, du lait et de toutes les transformations dont il est susceptible); du fumier et du travail des animaux : comme ces profits proviennent des soins journaliers du cheptelier et de la nourriture qu'il fournit en totalité, il a paru juste de les lui accorder.

La coutume du Nivernais proscrivait toute convention qui obligeait le fermier à fournir une redevance en fumier, laitage ou labeur, si on ne le dédommageait point par d'autres profits : cette prohibition nous paraît maintenue par l'art. 1811 : en effet, cet article fait minutieusement la part du bailleur et celle du preneur, eu

(1) Troplong, n. 1138. Marcadé, art. 1811.

égard à l'importance de leurs apports : il attribue à ce dernier, la totalité du laitage et la moitié de la laine et du croît : déroger à cette économie, ce serait tomber sous le coup de la disposition qui défend d'imposer au preneur une part plus grande dans la perte que dans le profit (1). — Vainement dirait-on, que l'ordre dans lequel se suivent les divers alinéas de l'art. 1811, et la combinaison de cet article avec les art. 1819 et 1820, doivent faire admettre la validité de cette clause; que la nullité prononcée par l'art. 1811, ne porte que sur les trois premiers points; que si le maître peut se réserver une partie du laitage lorsque le bail est à moitié, il n'y a pas de raison pour lui refuser cette faculté, lorsque le bail est pur et simple (1828); enfin, que l'art. 1819 (3e alinéa), relatif au cheptel à moitié, résout implicitement la question en ce sens, puisqu'il frappe de nullité la convention qui attribuerait au bailleur une partie du laitage, disposition que ne renferme pas l'art. 1811 sur le cheptel simple (2) : nous répondrons, d'une part, que les deux derniers alinéas se lient essentiellement à ceux qui précèdent; d'autre part, que le fumier, le laitage et le labeur des animaux, sont des menus profits qui procurent au cheptelier des moyens d'existence quotidiens. — Cette clause devrait donc être repoussée comme inique, si elle n'était contraire au texte formel de l'article qui nous occupe.

« Dans le contrat de cheptel, dit Pothier (n° 26), il y aurait iniquité si on retranchait au preneur quelque chose des profits du laitage, des fumiers et du labeur des animaux, profits qui lui sont accordés par les coutumes, pour les frais de nourriture et de garde. Selon ce principe, les clauses par lesquelles le bailleur stipule que le preneur lui donnera une certaine quantité de fromages, ou de livres de beurre, ou quelques charretées de fumier sont illicites. » — Plus loin (au n° 28), le même auteur ajoute : « Ces clauses ne sont permises que dans les cheptels de métairie. » — Comment admettre que les auteurs du Code n'aient pas tenu compte de ces considérations, lorsqu'ils trouvaient trop rigoureuses pour les chepteliers, d'anciennes coutumes approuvées par Pothier ? — Le rapprochement des articles 1804, 1811, 1819 et 1828, démontre jusqu'à l'évidence, qu'ils ont entendu consacrer les traditions de l'ancien droit : ainsi, dans l'article 1804, ils ont gardé le silence sur l'attribution du laitage au preneur, parce qu'ils se proposaient de réunir dans un même article les clauses qu'ils entendaient proscrire. — L'art. 1819 est plus explicite : loin d'être favorable au système soutenu par Duvergier, il vient à l'appui de celui que nous admettons; car il porte que le preneur profite seul, *comme dans le cheptel simple*, du laitage, des fumiers et des travaux des bêtes;

(1) Troplong, n. 1127.
(2) Duvergier, n. 408. Zach. t. 3, p. 51.

puis il ajoute, dans sa disposition finale : *Toute convention contraire est nulle* : le cas où le cheptel fait partie d'un bail à métairie est seul excepté. — L'art. 1828 consacre cette dernière modification. — A la vérité, l'art. 1811 ne prononce pas de nullité; mais pourquoi? Parce que le législateur n'a eu d'autre but que celui d'assurer au preneur les menus profits : cette disposition, nous le répétons, trouve sa sanction dans la règle prohibitive qui résulte de l'alinéa précédent.

Il nous paraît donc évident, que la théorie de Pothier, sur l'attribution du laitage, du fumier, etc., doit être observée sous l'empire du Code (1).

Les profits qui doivent être partagés, suivant le dernier alinéa de notre texte, sont : les *laines* et le *croît*.

Sous la dénomination de *laines*, la loi comprend non-seulement le produit de la tonte des moutons; mais encore celui du poil, du crin et des soies que procurent les chèvres, les chevaux, porcs et autres animaux susceptibles d'être l'objet du cheptel.

Le mot *croît*, reçoit ici une double signification : il exprime l'augmentation numérique des têtes composant le troupeau; c'est-à-dire, les jeunes bêtes produites par les mères, en sus de ce qui est jugé nécessaire pour réparer les vides, et l'augmentation de valeur que les animaux acquièrent par une cause quelconque; ce qui arrive, par ex., quand une génisse devient vache laitière; quand un bœuf a été engraissé dans les herbages. — En un mot, on nomme *croît*, toute augmentation de valeur survenue au troupeau; même celle qui provient des vieilles bêtes que l'on a remplacées par de jeunes têtes. — Cette interprétation est suffisament confirmée par ces mots de l'art. 1817 : *l'excédant se partage*.

Le cheptelier n'a donc pas le droit de disposer des jeunes têtes; car elles sont avant tout destinées à combler les vides : c'est le prix des animaux remplacés qui forme le croît.

Le *cuir* suit le sort des bêtes : par conséquent, s'il provient d'un animal qui était compris dans l'excédant partageable, le cheptelier en prend la moitié; si l'animal faisait partie du fonds de bétail, il appartient en totalité au bailleur.

Il n'est pas douteux, que l'on pourrait attribuer au cheptelier les deux tiers ou les trois quarts de la laine et du croît.

Pourrait-on valablement attribuer au bailleur plus de la moitié de la laine et du croît, en mettant à sa charge une part égale dans la perte? Cette convention ne blessserait point l'équité : la loi ne condamne que l'inégalité de profit et de dommage. Sans doute, les

(1) Delv., p. 106, n. 2. Dur., t. 17, n. 277. Troplong, t. 3, n. 1127 et suiv. Toullier, t. 6, p. 326. Marcadé, art. 1811. Delv., p. 209, n. 1 et 2.

parts légales sont de moitié; mais l'art 1803 laisse aux parties, la faculté de régler leurs arrangements comme elles le jugent convenable, pourvu que l'égalité de bénéfices et de pertes soit maintenue; tel est l'esprit de sa disposition. — Cependant, Delvincourt (t. 3, p. 109 n. 3) enseigne le contraire : Suivant lui, on ne peut réduire le cheptelier à prendre moins de moitié dans les profits, même en restreignant dans la même limite sa contribution aux pertes : « s'il en était ainsi, dit-il, on pourrait aller jusqu'à refuser au preneur toute participation ou gain, en ne lui faisant rien supporter sur la perte (1). » — Le mal ne serait pas grand, répond avec raison Troplong (nº 1130) : sans doute il pourrait arriver que le contrat perdît ses caractères de cheptel; mais il ne serait point pour cela frappé de nullité : on le considérerait comme une sorte de louage de service, dans lequel le preneur recevrait pour prix de son travail, au lieu d'argent, une partie du laitage, du fumier et du labeur des bestiaux; cette convention n'aurait rien de contraire à la loi (2).

Au surplus, la coutume de Nivernais invoquée par Delvincourt, porte précisément le contraire de ce que cet auteur lui fait dire : voici ce texte (art. 15) : « S'il y a autres convenances que les dessus dites par lesquelles il y ait inégalité de profit et de dommage... lesdites convenances sont réputées illicites et les bailleurs punis comme usuriers : » donc ce contrat produirait son effet, si le cheptelier était indemnisé de la perte par une part égale dans le profit (Pothier, nº 25).

La nullité prononcée par l'art. 1811, pour le cas d'infraction aux règles qu'il établit, est relative au preneur : le bailleur ne pourrait l'invoquer (3).

— Le cheptelier pourrait-il louer à des tiers le labeur des animaux confiés à sa garde? — Le cheptelier a le droit de faire travailler ces animaux; mais seulement pour son usage. — Les étrangers n'ont pas le même intérêt que lui à les conserver. — Le profit que procure leur travail diffère essentiellement du prix que l'on retirerait du louage. — L'usufruitier aussi profite du travail des animaux, et cependant, il ne peut les louer : pourquoi en serait-il autrement du preneur à cheptel? Ne doit-il pas comme l'usufruitier jouir en bon père de famille? (Troplong, n. 1120. Marcadé, art. 1811).

1812 — Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau, soit du fonds, soit du croît, sans le consentement du bailleur, qui ne peut lui-même en disposer sans le consentement du preneur.

= Le cheptel appartient au bailleur; mais il doit être laissé entre les mains du preneur, pendant toute la durée du bail. — D'un autre côté, le cheptelier ne peut prétendre qu'à la moitié de la laine et du

(1) *Voy.* également en ce sens, Dur., t. 17, n. 276.
(2) Duvergier, n. 405 et 409. Troplong, n. 1130. Marcadé, art. 1811. Toullier, t. 6, p. 427.
(3) Duvergier, n. 410. Troplong, n. 1136. *Voy.* cep. Delv. t. 3, p. 205.

croît : par conséquent, aucune partie n'a de droit exclusif, soit sur le fonds, soit sur ses produits.

Par suite, notre article décide que le preneur ne peut, de sa propre autorité, disposer d'aucune bête du troupeau, même du croît, sans le consentement du bailleur.

Le mot *disposer*, est employé ici dans une acception générale : il comprend tout acte qui tendrait à détourner le bétail de sa destination primitive : non-seulement la vente; mais encore le louage, le dépôt ou le prêt (1).

Le preneur alléguerait vainement qu'il importe de vendre les vieilles têtes et de les remplacer par des jeunes : pour aliéner, il faut être propriétaire ; or, cette qualité ne lui appartient pas.

Néanmoins, si le bailleur refusait son consentement, le preneur pourrait l'assigner à bref délai, à l'effet d'obtenir l'autorisation du juge. Il serait même fondé, suivant les circonstances, à réclamer des dommages-intérêts; par ex., si par suite du refus du bailleur, le temps de la vente était passé.— Troplong (nº 1140) combat cette opinion : Les tribunaux, dit-il, ne peuvent se rendre juges de l'opportunité de vendre; nul ne peut être forcé d'aliéner ce qui lui appartient; le bailleur est propriétaire du troupeau et copropriétaire du croît : son intérêt est un sûr garant qu'il ne portera pas de caprice dans sa détermination; l'article 89 du projet contenait une disposition qui autorisait le cheptelier à se pourvoir en dommages-intérêts contre le bailleur qui se serait refusé à une vente avantageuse : cette partie de l'article a été retranchée lors de la rédaction définitive.

Le système de Troplong, aurait pour résultat de mettre l'un des copropriétaires indivis, à la discrétion complète de l'autre.— D'ailleurs, nous ne comprenons pas que le propriétaire du troupeau puisse, par un pur caprice, rendre vaine l'obligation qu'il a contractée de faire jouir le preneur, et s'opposer aux mesures que commande une sage administration : il faut bien procurer au preneur le moyen de vaincre cette résistance aveugle et peut-être malveillante (Pothier, nº 36.) (2).

La loi interdit également au preneur, la faculté de disposer du croît et de la laine ; car il n'a sur ces sortes de produits qu'un droit indivis (1810) : le bailleur, pourrait s'opposer à la vente qui aurait lieu sans son consentement préalable.

Les créanciers du preneur, ne peuvent, avant l'expiration du bail, faire saisir la part qui lui reviendra; car ils n'ont d'autres droits

(1) Le détournement par le preneur à cheptel, des animaux confiés à sa garde, constitue un véritable abus de confiance, délit prévu par l'art. 408 du Code pénal. Cass. 25 janvier 1838. Dall., Abus de confiance, n. 98 ; Louage à cheptel, n. 37. Pal. 1838, 1, 445.

(2) Dur. n. 283. Duvergier, n. 413.

que les siens : Il faut toutefois excepter le cas où, d'après la convention, le profit devrait se partager annuellement.

Si une saisie avait été pratiquée indûment, le bailleur pourrait former une demande en distraction, conformément à l'art. 608, Pr.; mais à charge de justifier de son droit de propriété par tous moyens légaux : des allégations ne suffiraient pas (1).

Les considérations que nous venons de développer, s'opposent également à ce que le bailleur aliène le *croît*.

A l'égard du fonds, il ne peut évidemment en disposer que sous la réserve des droits du preneur; car ce dernier ne doit pas être privé contre son gré, de la jouissance du troupeau : l'aliénation est valable; mais l'acquéreur n'entrera en jouissance qu'à la fin du bail.

Les créanciers du bailleur peuvent-ils faire saisir et vendre le cheptel entre les mains du preneur? Ce cheptel, fait partie des biens de leur débiteur; par conséquent, il est leur gage (1092).

Mais quelle sera la position du cheptelier? La saisie pourra-t-elle avoir lieu au mépris de ses droits? En principe, les saisissants doivent respecter les droits spéciaux que des tiers ont acquis antérieurement à la saisie, sur les biens qui font partie de la masse : ainsi, point de difficultés, si le bail dont le cheptelier est porteur a acquis date certaine antérieure au commandement : l'art. 1743 C. civ. éleve par analogie, une fin de non-recevoir insurmontable contre les poursuites.

Mais *quid*, si le bail n'avait pas alors date certaine? On doit résoudre la question par les règles établies sur la location des meubles (1757); or, il faut observer, que par le fait de la livraison du cheptel, le bailleur s'est dessaisi pour un certain temps, au profit de la société formée entre lui et le cheptelier, de son droit exclusif aux produits des bestiaux ; que la chose, considérée sous ce point de vue, a cessé d'être sienne; qu'elle est sortie de son domaine : par conséquent, les créanciers ne peuvent s'en emparer. — Sans aucun doute, ils ont le droit de faire les actes compatibles avec la jouissance conférée à la société ; notamment, de saisir et provoquer la vente du cheptel : mais, en ce cas, l'adjudicataire devra respecter le bail. Le cheptelier dira au poursuivant : reconnaissez mon titre et tous les droits qu'il me confère; sinon je vous oppose la maxime : *En fait de meubles, possession vaut titre* (2279) : alors de deux choses l'une : si le créancier explique la possession du cheptel par le titre du cheptelier, il reconnaît l'existence du bail; s'il ne considère que la possession, la présomption de propriété (ce qui est plus grave), naît en faveur du possesseur (2).

(1) Pothier, n. 6 et 49. Merlin, Rép. v° Cheptel § 1 n. 3. Dur. t. 17 n. 282. Duvergier, n. 415. Troplong, n. 1055. Cass. 27 janvier 1838. Dall., Abus de confiance, n. 98.

(2) Troplong, n. 1151. Duvergier, n. 415. Dur. n. 281. Marcadé, art. 1812. Zach. t. 3 p. 52. Taulier, t. 6 p. 328.

Le bailleur a-t-il le droit de revendication contre l'acquéreur? Nous ne le pensons pas : En fait de meubles, possession vaut titre (2279 et 2280). — Vainement voudrait-on argumenter du principe qui autorise la revendication, au cas de perte ou de vol : en disposant du cheptel, le preneur commet assurément un abus de confiance, puisqu'il est dépositaire ; mais il ne se rend pas coupable de vol, dans le sens de nos lois pénales : le bailleur peut seulement demander la résolution du contrat et des dommages-intérêts (1).

La section de législation avait proposé d'accorder ce droit au propriétaire; mais cette proposition n'a pas eu de suite.

1813. — Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui (2), il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient; sans quoi il peut le saisir et le faire vendre pour ce que son fermier lui doit.

= Tout ce qui se trouve dans la ferme, est censé appartenir au preneur : on conçoit dès lors l'importance de la notification prescrite par notre article; car elle a pour but de soustraire le cheptel au privilége que l'article 2102 accorde au propriétaire pour sûreté de l'exécution du bail.

La notification doit être faite avant l'introduction des bestiaux dans la ferme; sinon, le droit du propriétaire des lieux les saisit et les affecte.

Toutefois, cet acte pourrait être remplacé par des équipollents : il suffirait même, que le propriétaire eût appris, par une déclaration verbale parfaitement justifiée, par une simple missive, ou de toute autre manière, que le cheptel n'appartenait pas à son fermier : la loi se propose uniquement de prévenir des surprises (3).

La règle s'appliquerait même au cas où le cheptel serait remis à un colon partiaire; car les deux positions sont identiques : le mot *fermier* est ici générique (4).

— Notre article suppose que le preneur est locataire d'une ferme ou d'une métairie appartenant à un tiers, au moment où le cheptel lui est livré : que devrait-on décider, si le cheptelier qui était indépendant lors du contrat, n'était devenu que plus tard, fermier du bien rural sur lequel il a porté le troupeau ? ~~ Le bailleur à cheptel doit veiller à la conservation de ses droits et s'empresser de prévenir le propriétaire, dès qu'il apprend que le cheptelier change de position — qu'on ne dise pas que le bailleur du fonds rural doit s'imputer de ne pas s'être

(1) Troplong, n. 1143 et suiv. Dur. n. 282. Duvergier, n. 414. Delv. p. 110 n. 1. Marcadé, art. 1812. Cass. 3 octobre 1820.

(2) Le mot *fermier* est employé ici dans un sens large ; il s'applique également au colon partiaire.

(3) Troplong, Louage, n. 1161, Insp. n. 151. Zach. p. 52. Duvergier, n. 419. Marcadé, art. 1811. Dur. t. 19 n. 86. Nimes, 7 août 1812. Cass. 9 août 1815. Paris, 26 mai 1814, 31 juillet 1818.

(4) Dur. n. 284. Troplong, n. 1162.

éclairé sur les droits du cheptelier : il a dû penser, jusqu'à déclaration contraire, que le preneur était propriétaire des meubles qu'il apportait pour garnir les lieux ; c'est là une application de l'art. 2102 (Marcadé, art. 1813).

1814. — Le preneur ne pourra tondre sans en prévenir le bailleur.

= La laine devant être partagée (1811), il importe que le bailleur soit prévenu. — L'avertissement n'est assujetti à aucune formalité particulière.

Il n'y a pas de distinction à faire entre la tonte entière, qui se fait périodiquement, à certaines époques de l'année, et la tonte partielle (1).

— La clause portant que l'une des parties (ordinairement le bailleur), pourra exiger le partage quand bon lui semblera (clause que renfermait autrefois la plupart des anciens baux à cheptel) est-elle valable, s'il n'y a pas de réciprocité? — Dans le Code, l'art. 1811 ne met pas cette clause au nombre de celles qu'il prohibe : il est du reste évident, qu'elle doit s'exécuter en temps convenable, suivant les usages agricoles de chaque province (Troplong, n. 1172 et suiv., Marcadé, art. 1816).

Causes de cessation du Cheptel simple.

1815. — S'il n'y a pas de temps fixé par la convention pour la durée du cheptel, il est censé fait pour trois ans.

= A l'expiration du bail, si le preneur est laissé en possession du cheptel, il s'opère une tacite réconduction. — Les tribunaux apprécient les circonstances.

Mais quelle est la durée de ce nouveau bail? Celle qui est fixée par notre article : le législateur a jugé le délai de trois ans nécessaire pour laisser au preneur le temps de profiter du croît. — Peu importe dès lors, la durée plus ou moins longue, stipulée pour le bail primitif : la disposition formelle de l'art. 1815, ne laisse pas matière à discussion : ce texte est en harmonie parfaite avec l'art. 17 de la coutume du Berry ; il s'appuie sur l'art. 1738, C. civ., ainsi conçu : « Si à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est « laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est « réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit ; » — or, en matière de cheptel, la durée des baux faits sans écrit, est fixée à trois ans par l'art. 1815 (2).

Pour empêcher la tacite reconduction, il n'y a pas lieu de donner

(1) Pothier, n. 39. Dur. n. 285. Troplong n. 1165 et 1166.

(2) Marcadé, art. 1816. Duvergier, n. 424. Troplong, n. 1180. — Suivant Dur. n. 286. Elle doit se prolonger autant que le bail primitif. — Zach. t. 3 p. 52. pense que l'on doit avoir égard à l'usage des lieux. — Toullier, t. 6 p. 329, enseigne que l'on doit se déterminer d'abord par l'usage des lieux, et, à défaut d'usage, par les règles du Code. — Nous répondrons qu'on ne doit recourir aux usages locaux que si la loi garde le silence.

congé (1737) : ce moyen, ainsi que nous l'avons vu, ne doit être employé que pour faire cesser des rapports dont la durée n'est limitée ni par la convention, ni par la loi.

— Le contrat de cheptel se dissout-il par la mort du cheptelier? ~ L'aptitude de la personne du cheptelier a été prise en considération, dit Troplong, (n. 1186); — il s'agit d'une société : dès lors, l'art. 1865 doit recevoir son application. L'art. 1795 présente au surplus un argument puissant. ~ Mais l'opinion contraire nous semble mieux fondée : Pothier, qui considère le cheptel comme une société, s'exprime ainsi au n. 3. « Le cheptel ordinaire, aussi bien que le cheptel à moitié, ont cela d'exorbitant des sociétés ordinaires, que la mort de l'un des associés n'en opère pas la dissolution et que le droit et la qualité d'associé qu'avait l'associé, défunt, passe à ses héritiers, » — *a fortiori* doit-on admettre cette opinion, si l'on décide comme nous, que le cheptel tient principalement de la nature du louage. — L'art. 1863 ne statue que pour les sociétés pures : il faut dès lors rentrer sous l'application de l'art. 1122, lequel porte, comme règle générale, que l'on est toujours censé stipuler pour soi, ses héritiers ou ayants cause (1). — Nous avons traité sous l'art. 1763, une question qui a la plus grande analogie avec celle-ci (*voy.* p. 121).

1816. — Le bailleur peut en demander plus tôt la résolution, si le preneur ne remplit pas ses obligations.

= Cet article reproduit une règle du droit commun (1184). — Remarquons seulement qu'il est incomplet : en effet, la résolution peut avoir lieu, non-seulement lorsque le preneur manque à ses engagements; mais encore, lorsque le bailleur ne remplit pas les siens.

Les parties peuvent obtenir des dommages-intérêts l'une contre l'autre s'il y a lieu.

1817. — A la fin du bail, ou lors de sa résolution, il se fait une nouvelle estimation du cheptel.

Le bailleur peut prélever des bêtes de chaque espèce, jusqu'à concurrence de la première estimation : l'excédant se partage.

S'il n'existe pas assez de bêtes pour remplir la première estimation, le bailleur prend ce qui reste, et les parties se font raison de la perte.

= Le mot *peut*, employé dans la deuxième partie de l'article, est impropre : en effet, ce n'est pas une simple faculté, que la loi veut laisser au bailleur : elle prétend lui imposer une obligation (2). Cette décision résulte d'ailleurs de l'art. 1817.

Il va de soi, que le preneur serait dispensé de contribuer aux pertes, si elles provenaient d'un cas fortuit qu'on ne put lui imputer (1807).

(1) Duvergier, t. 2 n. 425. Marcadé, art. 1816. — Encyclop., Cheptel, n. 62 et suiv.
(2) Pothier, n. 55. Dur. n. 288. Bourges, 9 juillet 1828.

Observons, que le compte à établir entre les parties, se règle non sur le nombre d'animaux, mais sur leur valeur comparative entre la 1re et la 2e estimation.

Il est bien entendu, qu'on ne doit point avoir égard, pour la liquidation des profits ou des pertes qui se fait à la fin du bail, aux partages partiels des laines, poils, ou même du croît, qui ont eu lieu pendant le cours du bail : la loi n'entend pas obliger les parties à revenir sur ces arrangements et à rapporter les profits qu'ils peuvent avoir obtenus : ce qui est réglé est définitif ; on ne considère que le présent (1).

SECTION III.

DU CHEPTEL A MOITIÉ (2).

Le cheptel à moitié diffère du cheptel simple sous quatre rapports:

1° Chacun des contractants fournit une partie des bestiaux; tandis que dans le cheptel simple, le bailleur fournit seul tout le fonds du bétail ;

2° Le troupeau est mis en commun, non-seulement pour la jouissance, comme dans le cheptel simple; mais encore pour la propriété;

3° Le preneur supporte moitié dans la perte totale, comme dans la perte partielle (1810);

4° Si le bailleur est propriétaire de la métairie dont le preneur est fermier ou colon partiaire, il peut valablement se réserver une partie du laitage, ou stipuler qu'il aura dans la laine et dans le croît une part plus forte que le fermier ou le colon partiaire.

Ce contrat est une véritable société, puisqu'il a pour but le partage de certains profits. A la vérité, le louage se trouve mêlé à la vente; mais comme élément accessoire (3). — Quoi qu'il en soit, on a dû le comprendre dans le titre du louage, parce qu'il n'est en réalité qu'une modification du bail à cheptel simple.

Le cheptel à moitié donné au fermier, est un contrat indépendant du bail à ferme : cette société doit donc être liquidée, bien que ce bail subsiste.

(1) Marcadé, art. 1817. Troplong, n. 1188.

(2) Le cheptel à moitié offre une combinaison qui dénote dans le preneur plus d'aisance que dans le cheptel simple : en effet, le cheptel simple est fondé sur l'absence de toute copropriété. — Ce cheptel ne s'établit que rarement *à priori*; il est presque toujours le résultat d'une transformation du cheptel simple : le fermier laisse en commun le croît qui lui appartient pour sa part ; il devient ainsi, avec le temps, copropriétaire du bailleur. — Le cheptel est affranchi, comme disait la coutume de Nivernais. Pothier, n. 16.

(3) On décide par suite qu'il n'est passible que du droit fixe de 3 fr., art. 68, § 3 n. 4. Loi du 22 frimaire an VII. Rigaud et Championnière, n. 3113.

1818.— Le cheptel à moitié est une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte.

= Puisque ce contrat est une société, il n'est pas de rigueur que les mises soient égales : l'une des parties peut apporter, par ex., le tiers du troupeau, et l'autre les deux tiers.

1819.— Le preneur profite seul, comme dans le cheptel simple, des laitages, du fumier et des travaux des bêtes.

Le bailleur n'a droit qu'à la moitié des laines et du croît.

Toute convention contraire est nulle, à moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie dont le preneur est fermier ou colon partiaire.

= Le preneur met évidemment dans la société plus que le bailleur, puisqu'indépendamment de son apport, il s'oblige à prendre soin des bestiaux, à les nourrir et à les loger : il était donc juste de l'indemniser, en lui laissant exclusivement, comme dans le cheptel simple, les laitages, le fumier et les travaux des bêtes.

Le bailleur n'a droit qu'à la moitié du croît et des laines : lorsqu'il fournit le fonds en totalité, la loi proscrit comme inique, la convention qui lui attribuerait une part plus considérable; à plus forte raison doit-elle réprouver cette convention, lorsque le preneur apporte une partie du bétail.

Les droits des parties sont réglés dans le cheptel à moitié, avec le même soin que dans le cheptel simple : la loi entend mettre les gens de campagne à l'abri des surprises : *toute convention contraire est nulle*, porte l'art. 1819 dans sa disposition finale :

Ainsi, le bailleur ne peut exiger aucune redevance en beurre, fumier, labeurs des bestiaux; il ne peut prétendre qu'à la moitié des laines et du croît, etc. (*Voy.* art. 1811).

Ces principes peuvent être modifiés, lorsque le contrat se forme entre le propriétaire de l'héritage et son fermier ou son colon partiaire : en effet, le preneur ne donne plus alors que ses soins, puisque les animaux sont nourris sur les terres de la métairie, et logés dans les bâtiments qui en dépendent : aussi, permet-on en ce cas au bailleur, de stipuler qu'il aura une partie du laitage, ou qu'il prendra dans le profit une part plus forte que le preneur (1) (1828).

(1) Nous verrons qu'il ne faut pas confondre la convention qui intervient dans ce cas, avec le cheptel de fer (*Voy.* section 4, § 1er).

On peut se demander pourquoi les profits du cheptelier à moitié, lui qui fournit une partie du capital social, ne sont pas plus considérables que ceux du cheptelier simple : nous voyons, en effet, qu'il y a égalité de droits sur les laitages, les fumiers, les travaux des bêtes, les laines et le croît. — Troplong (nº 1199), donne les raisons suivantes : le cheptelier à moitié, apporte plus en capital que le cheptelier simple ; mais il apporte moins en soins et en frais d'hébergement, puisqu'ayant la propriété de la moitié du troupeau, il ne met en réalité dans la société, que ce qu'il faut pour nourrir et loger l'autre moitié ; par conséquent, il fournit moitié moins que le cheptelier simple. — Nous ajouterons, que ce dernier supporte la moitié de la perte partielle, bien qu'il n'ait aucun droit dans le capital. — On ne doit donc pas s'étonner, que le législateur ait fixé pour le preneur, le même émolument dans l'un et l'autre contrat : si les mises ne sont pas identiques, elles se balancent, par l'utilité qu'elles procurent ; dès lors, elles doivent produire pour le preneur, le même avantage.

1820. — Toutes les autres règles du cheptel simple s'appliquent au cheptel à moitié.

= Ainsi, le preneur doit à la garde du troupeau les mêmes soins que le cheptelier simple (1806) ; — en cas de perte, il est tenu d'établir le cas fortuit, sauf au bailleur à prouver que le preneur est en faute (1806 et 1807) ; — le preneur doit compte des peaux des bêtes ; car le bailleur en a la moitié (1809) ; — il ne peut vendre aucune tête du troupeau (1812) ; — il ne peut tondre sans avertir le bailleur (1814) ; — le bail est censé fait pour trois ans (1815) ; — il y a lieu à la réconduction ; — le partage s'effectue suivant les règles de l'art. 1817 ; — enfin, chacun retire, jusqu'à concurrence de l'estimation qui a été faite au commencement du bail, le montant de ses apports.

SECTION IV.

DU CHEPTEL DONNÉ PAR LE PROPRIÉTAIRE A SON FERMIER OU COLON PARTIAIRE.

Ce cheptel est immeuble par destination, puisqu'il a pour but d'assurer la culture des terres (522 et 524) : en conséquence, les créanciers du propriétaire ne peuvent le saisir qu'en saisissant l'immeuble même.

§ 1er. — *Du cheptel donné au fermier.*

On donne à ce cheptel, le nom de *cheptel de fer* (ou bêtes de fer), parce qu'il est comme accessoire de la terre ; parce que le fermier doit, à l'expiration de son bail, laisser des bestiaux d'une valeur

égale à celle dont il s'est chargé en recette : ainsi, ce qui caractérise le cheptel *de fer*, c'est qu'l ne peut périr pour le propriétaire.

Le cheptel de fer diffère du cheptel simple et du cheptel à moitié sous plusieurs rapports :

Le fermier a la jouissance exclusive du cheptel de fer; aucun élément d'association ne se mêle au bail de la ferme ou de la métairie. — Au contraire, le cheptel simple ou à moitié, suppose l'existence d'une société qui doit, comme toute autre, se dissoudre à une époque fixe, et donner lieu à un partage, même lorsqu'il est donné, aux termes de l'art. 1819, par un propriétaire à son fermier ou à son métayer.

Le cheptel de fer est toujours immeuble par destination, quand il est fourni par le propriétaire de la ferme (522), pour servir à l'exploitation du fonds; le cheptel simple ou à moitié n'est qu'un meuble (528).

Le cheptel de fer, étant immeuble par destination, ne peut être saisi qu'avec le fonds (522, C. c.; 592, Pr.); le cheptel simple ou à moitié, peut être saisi par voie de saisie-exécution (522), puisqu'il est meuble (V. p. 214).

Dans le cheptel de fer, le fermier supporte la perte même totale; il doit rendre, quoi qu'il arrive, ainsi que nous le verrons, un fonds de bétail égal en valeur à celui qu'il a reçu. — Dans le cheptel simple ou à moitié, le cheptelier n'est pas soumis à cette charge.

Dans le cheptel de fer, le fumier doit être nécessairement employé sur la métairie. — Dans le cheptel simple ou à moitié, ce profit appartient exclusivement au cheptelier.

Dans le cheptel de fer, le preneur profite seul de la laine, du croît et de l'excédant qui se trouve à la fin du bail. — Dans le cheptel simple ou à moitié, le preneur a la moitié de ces sortes de produits.

Le cheptel de fer a la même durée que le bail à ferme; le terme légal du cheptel simple ou à moitié est de trois années (1835).

Le cheptel de fer est livré à un fermier ou à un colon partiaire; le cheptel simple ou à moitié peut se former avec un étranger.

Dans le cheptel de fer, tous les profits appartiennent au preneur : mais l'art. 1823 réserve le cas de convention contraire; par conséquent, il est permis aux parties de modifier, par des clauses spéciales, les règles que le Code a établies sur l'attribution de ces profits : ainsi, on peut valablement stipuler que le fermier laissera sur le fonds, à l'expiration de son bail, un troupeau d'une plus grande valeur que celui qu'il a reçu ; le propriétaire peut même se réserver une partie des menus profits (1823). — Ces stipulations sont prohibées, comme incompatibles avec le caractère, soit du cheptel simple, soit du cheptel à moitié : nous avons vu, en effet, que l'égalité proportionnelle entre les profits et les pertes est de l'essence de ces sortes de contrats (art. 1811 et 1819).

1821 — Ce cheptel (aussi appelé *cheptel de fer*), est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme (1), à la charge qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus.

= Remarquez ces mots : *d'une valeur égale ;* le fermier n'est donc pas tenu de laisser le même nombre de bêtes : on ne doit considérer que leur valeur (2).

Bien que la loi ne parle que du propriétaire, il est certain que le preneur aurait lui-même le droit de sous-louer le cheptel, en sous-louant une partie du fonds, à moins que cette faculté ne lui eût été interdite par le bail. — Il pourrait également, en sous-louant, livrer un autre troupeau ; mais alors, ce troupeau ne serait pas immeuble.

1822 — L'estimation du cheptel donné au fermier ne lui en transfère pas la propriété, mais néanmoins le met à ses risques.

= Le cheptel de fer est un accessoire de la ferme : l'estimation, dès lors, ne peut avoir d'autre objet, sauf conventions contraires, que de déterminer la valeur des bestiaux que le preneur devra laisser à la fin du bail, et par suite, de les mettre à ses risques ; l'adage : *æstimatio facit venditionem* est inappliquable ici. — La perte totale ou partielle du cheptel, arrivée par cas fortuit, ne sera donc pas, comme dans le cheptel simple, supportée par le bailleur ; mais par le preneur (*voyez* art. 1823).

Le fermier peut aliéner les animaux vieux ou impropres au service : mais il n'a pas le droit de disposer du fonds du cheptel, puisque le troupeau ne lui appartient pas : un acte pareil serait une cause de résiliation du bail (arg. de l'art. 1728) (3).

Il nous reste à fixer la position des créanciers, soit du bailleur, soit du preneur. Le bailleur, avons-nous dit, conserve la propriété du troupeau : s'ensuit-il que ses créanciers puissent le saisir pour se

(1) Mauvaise définition : il ne s'agit pas ici du bail de l'immeuble, mais du bail du troupeau garnissant cet immeuble ; d'un bail secondaire et accessoire. On reproche en outre au législateur d'avoir présenté comme synonymes les mots *métairie* et *ferme*.

(2) La Cour de cassation a jugé, le 16 fructidor an IV, que la clause par laquelle un fermier reconnaît avoir reçu de son bailleur une somme déterminée pour acheter des bestiaux destinés à l'exploitation, somme qu'il s'oblige à rendre à la fin du bail, ne constitue pas un cheptel, mais un prêt d'argent. — La cour de Reims a rendu, le 15 juin 1819, un arrêt contraire en apparence ; mais il faut observer que, dans l'espèce de ce dernier arrêt, le fermier s'était engagé à laisser sur le fonds, à sa sortie, des bestiaux d'une valeur égale à la somme prêtée : obligation qu'il n'avait pas contractée dans le cas précédemment jugé. Rolland, v° Bail à cheptel, n. 385. Championnière et Rigaud, n. 3117.

(3) Bordeaux, 20 février 1845. Dall., n. 81. Pal., 1845, 1, 551.

payer au préjudice du fermier? Non évidemment : le cheptel est un accessoire de l'immeuble affermé; dès-lors, il ne peut être saisi qu'avec le fonds, sous la réserve des droits du preneur, qui aurait en sa faveur un bail authentique ou ayant date certaine (appliquez ce que nous avons dit art. 1743).

Les créanciers du preneur peuvent-ils saisir le fonds du cheptel? Non, puisqu'il n'a pas cessé d'appartenir au propriétaire de la ferme. —Jugé toutefois, que si le cheptel présente un excédant de valeur, cet excédant peut être saisi même pendant le cours du bail; car il appartient à leur débiteur (1).

1823.—Tous les profits appartiennent au fermier pendant la durée de son bail, s'il n'y a convention contraire.

= Le but que le propriétaire se propose, n'est pas de tirer un profit du cheptel; mais de faciliter la culture de ses terres. — D'ailleurs, le preneur devant supporter toutes les pertes, il est juste de lui accorder tous les bénéfices. — Ainsi, le fermier peut tondre, sans le consentement du bailleur; il peut disposer du croît, à charge de remplacer les bêtes mortes ou celles qu'il a fallu vendre parce qu'elles étaient hors de service; le prix lui appartient, puisque le remplacement a eu lieu à ses dépens. — Le fumier est le seul produit dont il n'ait pas la libre disposition.

Il est même généralement admis, que le preneur peut distraire une partie du bétail pour ses opérations commerciales, pourvu qu'il ne diminue pas le fonds, de manière à compromettre les intérêts du bailleur, et que si la valeur du bétail a procuré un accroissement tellement considérable, qu'il soit de beaucoup supérieur à l'estimation originaire qui a été faite, les créanciers du preneur peuvent en saisir une partie, sans distinction des animaux qui se trouvaient sur le fonds au commencement du bail, de ceux qui n'ont été acquis que depuis; pourvu qu'il ne soit rien dû au propriétaire, et que le fermier ne soit pas en déconfiture (2).

Du reste, ces règles ne sont pas tellement absolues, qu'on ne puisse y déroger par des conventions particulières:—rien ne s'oppose même à ce qu'on accorde au propriétaire une partie des menus profits (3) : —C'est là, une différence entre le cheptel de fer et le cheptel simple ou le cheptel à moitié : nous avons vu, en effet, que dans ces deux dernières espèces de cheptel, le bailleur ne peut rien retrancher au preneur des laitages, labeurs, etc. : le législateur a sans doute con-

(1) Troplong, n. 1228. Duvergier, n. 445. Merlin, Rép., v° Cheptel, § 3 n. 5. Rolland, Rép v° Bail à cheptel. Dur. n. 298. Cass. 8 décembre 1806.

(2) Dur. t. 17 n. 299. Duvergier, t. 4 n. 440 et suiv. Merlin, Rép. v° Cheptel, § 3 n. 5. Zach. p. 53. Cass. 8 décembre 1806.

(3) Troplong, n. 1233 et suiv. Dur. t. 17 n. 299 et suiv. Duvergier n. 440 et suiv.

sidéré, que les positions n'ont aucune ressemblance, et que le fermier trouve dans la terre dont il jouit, la compensation des retenues dont il s'agit.

Ainsi, le bailleur peut se réserver une redevance en laitage, beurre, fromage et une portion de la laine ou du croît.

Peut-on attribuer au maître une partie des profits, sans qu'aucune portion de la perte soit mise à sa charge? Le législateur n'ayant pas reproduit dans la section consacrée au cheptel de fer, la disposition de l'art. 1811, qui limite la liberté des conventions en matière de cheptel simple, on ne peut opposer cette disposition au bailleur.—Le preneur invoquerait vainement l'art. 1855 : cet article régit les sociétés; or le cheptel de fer n'est pas une société, mais un contrat accessoire; une dépendance du fonds donné à ferme : il n'y a donc pas lieu d'appliquer la maxime: *Quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent incommoda* (1).

Le fermier, avons-nous dit, est propriétaire du croît : dès-lors, il peut en disposer sans avertir le bailleur; mais à charge de remplacement (Pothier, n. 69) (2).

Si les parties se sont bornées à déterminer la part que le bailleur aura dans les profits, doit-on suppléer à leur silence et décider qu'il supportera une part correspondante dans la perte, *aut vice versa ?* L'art. 1811, nous le répétons, n'est pas applicable quand il s'agit du cheptel de fer : en se bornant à stipuler une part dans les profits sans parler des pertes, le bailleur a manifesté l'intention de ne déroger au droit commun que pour son propre avantage.—En sens inverse, la clause qui mettrait une partie de la perte à la charge du bailleur ne devrait pas être prise pour base proportionnelle des profits (3).

1824. — Dans les cheptels donnés au fermier, le fumier n'est point dans les profits personnels des preneurs, mais appartient à la métairie, à l'exploitation de laquelle il doit être uniquement employé.

= Cette disposition semble déroger à la règle qui attribue au fermier tous les profits : mais il faut observer, que le fermier profite indirectement du fumier, puisqu'il se trouve dispensé d'en acheter pour l'engrais. — Au surplus, le fumier appartient à la terre.

1825. — La perte, même totale et par cas fortuit, est en entier pour le fermier, s'il n'y a convention contraire.

= Dans les baux de biens ruraux, on stipule souvent, que le

(1) Dur. n. 299 et suiv. Duvergier, n. 441.
(2) Dur. t. 17 n. 298. Troplong, n. 1231 et 1235.
(3) Duvergier, n. 442. Dur. t. 17 n. 299.

fermier supportera la perte arrivée par force majeure (*voyez* art. 1773 et 1774, C. c.) : cette convention est tacite, lorsqu'il s'agit du cheptel de fer. Le législateur a considéré, que le fermier recueillant tous les profits du cheptel, devait supporter la charge des risques ; *Eadem debet esse ratio lucri et damni.* — Cette conséquence est d'autant plus équitable, que le fermier ne court que des chances favorables, puisqu'il n'a pas de dépenses à faire pour loger et nourrir le troupeau.

Toutefois, il est permis de déroger à cette règle, en chargeant le bailleur d'une partie des risques : mais alors, le cheptel de fer est dénaturé ; le contrat se trouve mélangé, soit du cheptel simple, si le bailleur est associé à une partie des bénéfices ; soit du louage ordinaire, si le bailleur n'est indemnisé du risque qu'il court, que par le prix de ferme ; car ce prix est naturellement plus ou moins élevé suivant que les avantages procurés au preneur du cheptel sont plus ou moins grands.

1826 — A la fin du bail, le fermier ne peut retenir le cheptel en payant l'estimation originaire, il doit en laisser un de valeur pareille à celui qu'il a reçu.

S'il y a du déficit, il doit le payer ; et c'est seulement l'excédant qui lui appartient.

= Les bestiaux appartiennent au propriétaire ; le fermier ne peut donc, à la fin du bail, retenir ceux qui garnissent la ferme, en offrant d'en payer la valeur : il doit laisser un cheptel de même nature, d'une valeur égale à celui qu'il a reçu lors de l'entrée en jouissance (1). L'excédant seulement lui appartient ; on n'a point égard à la quantité de têtes, mais à la valeur du troupeau.

La nouvelle estimation à lieu eu égard à l'âge, à l'engraissement et autres circonstances.

Jugé que l'on doit appliquer ici les règles établies sur le paiement en matière d'obligation indéterminée ; c'est-à-dire, que le fermier ne peut prendre des bestiaux de première qualité à son choix, et que le fermier ne peut se libérer en remettant des bestiaux de dernière qualité (2).

Le cheptel doit être rendu en nature, sous peine de contrainte par corps (2062).—Le fermier sortant ne peut échapper à cette mesure sévère, qu'en prouvant que le déficit est le résultat d'une force majeure : il se libère alors en payant une indemnité.

Pour savoir s'il y a *déficit*, on constate, par une estimation nou-

(1) Le propriétaire peut même refuser les bestiaux substitués à ceux qui garnissaient originairement la ferme, si cette substitution est contraire à ses intérêts. Bourges, 26 janvier 1828.

(2) Bourges, 31 mai 1840. Dall. n. 83.

velle, l'état du troupeau et sa valeur actuelle. — Au lieu d'un *déficit*, si l'on trouve un excédant, le fermier le retient en entier.

Le cheptel de fer n'est pas soumis, pour le temps de sa durée, aux règles établies pour le cheptel simple et le cheptel à moitié (1815) : accessoire du bail à ferme, il ne finit qu'avec ce bail (Arg. de l'art 1829).

Du cheptel donné au colon partiaire.

Rappelons-nous, qu'on désigne sous le nom de *colon partiaire*, celui qui s'oblige à livrer pour prix des fermages, une quotité de la récolte; à la différence du *fermier*, qui se soumet à payer un prix réglé à forfait.

Le cheptel donné par le propriétaire de la métairie, devient immeuble par destination, comme celui qui est livré au fermier (522); par conséquent, le preneur en a la possession pendant toute la durée de son bail.

Le colon partiaire est assujetti, comme le fermier, à la contrainte par corps, pour la représentation du cheptel.

Mais il y a cette différence entre la position de l'un et de l'autre, que le colon partiaire est associé avec le maître; qu'il prend en conséquence la moitié des produits et supporte la moitié de la perte; tandis que le fermier supporte toutes les chances de perte et profite en retour de tous les bénéfices.

Deux espèces de cheptel peuvent se former avec un *métayer* ou *colon partiaire :* le cheptel à moitié (*voyez* art. 1819, dernier alinéa), et le cheptel *simple;* c'est-à-dire, celui dans lequel le fonds est fourni en totalité par le propriétaire.

Dans le paragraphe qui va nous occuper, la loi envisage uniquement le cheptel sous ce dernier rapport.

La plupart des règles établies sur le cheptel simple trouvent ici leur application : ainsi, les profits se partagent entre le bailleur et le preneur, comme dans le cheptel simple; c'est à-dire, qu'en principe, le preneur profite seul des laitages et labeurs; que les laines et le croît se partagent pas moitié; que la perte est pour le bailleur si le cheptel périt en entier sans la faute du colon (1817): « Seulement disait M. Mouricault dans son rapport au Tribunat, en considération de ce que le bailleur fournit le logement et la nourriture, le cheptel donné au colon partiaire est susceptible de certaines clauses interdites aux baux de ce genre qui sont donnés à d'autres (1827).»

1827 — Si le cheptel périt en entier sans la faute du colon, la perte est pour le bailleur.

= Telle est également la règle en matière de cheptel simple (*voyez* art. 1810).

Notre article ne parle pas de la perte partielle : mais ne concluons

pas de ce silence, que les règles établies sur le cheptel simple cessent d'être applicables : le législateur a pensé que cela ne pouvait faire difficulté (1).

1828 — On peut stipuler que le colon délaissera au bailleur sa part de la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire ;

Que le bailleur aura une plus grande part du profit;

Qu'il aura la moitié des laitages ;

Mais on ne peut pas stipuler que le colon sera tenu de toute la perte.

= Le bailleur fournit une partie du bétail, l'hébergement et une partie de la nourriture ; il n'y a donc pas de raison pour lui interdire le droit de stipuler qu'il prélèvera dans le profit une part plus forte que celle qui lui est attribuée dans le cheptel simple :

En conséquence, la loi déclare valable, la clause qui attribuerait au bailleur, dans les bénéfices, une part plus considérable qu'au preneur, par ex., les deux tiers, les trois quarts; celle qui lui conférerait le droit de contraindre le colon a lui délaisser sa part de la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire; enfin, celle qui lui accorderait la moitié des laitages et des labeurs (2).

Plusieurs clauses demeurent toutefois prohibées : ainsi, la loi s'oppose à ce qu'on mette toute la perte à la charge du colon ; mais les termes dans lesquels est conçue cette disposition prohibitive, permettent de penser qu'il peut être chargé d'une part plus considérable dans la perte, que celle qu'il est appelé à prendre dans le profit (comp. 1811) : en effet, dans la société, rien n'empêche que l'un des associés prenne, par exemple, les trois quarts du profit, et qu'il ne supporte que le quart des pertes, *aut vice versâ :* aucune loi ne le défend (3). (Voyez nos observations sur l'art. 1833).

Quant aux fumiers, ils appartiennent à la terre; le preneur ne peut donc en disposer sans le consentement du propriétaire (1).

1829 — Ce cheptel finit avec le bail à métairie.

= Sous ce rapport, le cheptel donné au colon partiaire diffère du cheptel simple : dans ce dernier cas, lorsque la durée du cheptel n'a pas été fixée par la convention, elle dure 3 ans. (1815).

1830 — Il est d'ailleurs soumis à toutes les règles du cheptel simple.

(1) Dur. t. 17 ne 306. Limoges, 21 février 1839. Dev. 1839, 2, 406. Pal. 1839, 2, 277.
(2) Troplong, n. 1253.
(3) Troplong, n. 1254. Duvergier, n. 450. Dur. n. 306.
(4) Rolland, v° Bail à cheptel. Dur. n. 310. Duvergier, n. 453. Troplong, n. 1252.

= Ainsi, le cheptel donné au colon partiaire, diffère seulement du cheptel simple, en ce qu'il peut être fait sous certaines conditions qui sont prohibées dans ce dernier contrat (*voyez* art. 1828); ce cheptel n'est qu'une variété du cheptel simple.

SECTION V.

DU CONTRAT IMPROPREMENT APPELÉ CHEPTEL.

1831 — Lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété : il a seulement le profit des veaux qui en naissent.

= Ce contrat n'est pas une société ; car il est de l'essence du contrat de société, que chacune des parties mette quelque chose à la masse, en vue de faire un bénéfice commun. — Ce n'est pas un cheptel simple, puisque les parties ne sont associées ni pour le gain ni pour la perte, puisqu'il ne s'agit pas d'une universalité qui se perpétue par le renouvellement des individus.—On ne peut le considérer comme un louage des choses; car le loyer doit consister en une somme d'argent, en denrées réglées par les mercuriales, ou en une quotité des fruits de la chose louée (*voyez* p. 9); conditions qui ne se rencontrent pas ici.

Une pareille convention ne constitue qu'un louage d'ouvrage (1) : « *Do ut facias*, dit Pothier, par lequel le bailleur donne au preneur les profits du lait et du fumier de sa vache, pour qu'il la nourrisse et en prenne soin, sous la réserve toutefois du lait nécessaire pour allaiter le veau, jusqu'à ce qu'il soit en état d'être vendu; c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il ait atteint 3 ou 4 semaines. Après ce terme, le cheptelier peut mettre le propriétaire en demeure de retirer le veau. »

Lorsque la durée du contrat n'est pas déterminée, le bailleur peut retirer sa vache quand bon lui semble; pourvu que ce soit en temps *opportun:* par ex., il ne serait pas juste qu'il la retirât dans le mois d'avril après l'avoir livré à l'entrée de l'hiver ou immédiatement après avoir retiré le veau : le juge, appréciateur souverain des circonstances, autoriserait le preneur à la retenir pendant un temps suffisant pour qu'il trouvât l'indemnité de ses soins.

(1) Pothier n'ose pas lui donner ce nom ; il qualifiait ce contrat de contrat innomme : *Do ut facias*, parce que dans ses principes, empruntés au droit romain, pour que le louage existât, il fallait un prix en argent. Nous avons démontré que les auteurs du Code ne se sont pas arrêtés à ces subtilités (*Voy.* p. 28.).

De même, le preneur ne peut rendre la vache *tempore inopportuno*. Par ex. : si après avoir profité du lait pendant un certain temps, il la rendait lorsqu'elle est prête à vêler ou au commencement de l hiver.

Lorsque les parties ont fixé un terme pour la durée du contrat, la vache ne peut être retirée ni vendue avant l'expiration de ce terme : exceptons d'une part, le cas où le preneur commettrait des abus de jouissance; d'autre part, celui où la vache serait atteinte d'une maladie qui la privât de son lait.

Le preneur doit donner à la vache les soins d'un bon père de famille.

Le bailleur supporte les frais de traitement, si elle tombe malade; le preneur ne s'est obligé qu'à fournir la nourriture ordinaire.

Les risques sont pour le compte du bailleur sauf stipulation contraire.

On peut valablement convenir que le preneur aura la moitié des veaux, et qu'il supportera aussi la moitié dans la perte de la vache, si cet événement résulte d'un cas fortuit: mais alors, ce n'est plus là un contrat de louage, un cheptel proprement dit, puisqu'il n'y a ni fonds de bétail ni estimation : on ne peut même prétendre, par argument de l'art. 1815, que la durée du contrat est limitée à 3 ans: cette convention est une société civile pure et simple (1).

Le preneur doit conduire la vache au taureau, quand arrive l'époque à laquelle elle doit être fécondée, il doit même payer le prix de la saillie: c'est là une conséquence de l'obligation qu'il a contractée de procurer le profit des veaux au propriétaire.

En cas de perte par cas fortuit, le preneur doit prouver la force majeure.

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DU TITRE VIII.

DU LOUAGE.

Sommaire. P. 1.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

Art. 1708. — Combien distingue-t-on de sortes de louage ? P. 2.

Art. 1709. — Définition du louage des choses, p. 2.

Art. 1710. — Définition du louage d'ouvrages, p. 3.

Art. 1711. — Subdivisions du louage des choses et du louage d'ouvrages — La définition de l'art. 1711 est inexacte et incomplète. P. 4.

Art. 1712. — Les baux sont soumis à des biens nationaux, des biens communaux, et ceux des établissements publics sont soumis à des règles particulières.

(1) Pothier, n. 76. Troplong, n. 1271.

CHAPITRE II.

Du louage des choses.

Sommaire. P. 5.

Art. 1713. — Choses qui peuvent être l'objet de louage. P. 16.

Questions. — L'acte par lequel une personne déclare céder et transporter à l'autre la jouissance d'un héritage pendant un certain temps et moyennant un certain prix, est-il un louage ou une vente? P. 18. — *Quid*, si deux cultivateurs conviennent de se prêter mutuellement leurs chevaux pour labourer leurs champs? ou s'il y a échange de services? P. 18. — *Quid*, dans l'espèce où vous me prendriez des chevaux pour un certain temps? Nous convenons que je vous paierai cette somme par chaque cheval qui succombera. Ce contrat est-il un louage ou une vente? P. 18.

SECTION I.

Règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux.

Sommaire. P. 18.

1714. — Dans quel ferme le bail peut-il être passé? P. 22.

1715. — Quelles conséquences, en ce qui touche la preuve du bail, doit-on tirer du principe que ce contrat se forme par le seul consentement? — *Quid*, s'il existe un écrit? — *Quid*, s'il n'existe pas *d'écrit*? — La loi ne déroge-t-elle pas, dans ce dernier cas, aux principes généraux sur la preuve testimoniale en ce qui touche les baux des maisons et les baux ruraux? Que doit-on décider notamment s'il existe un commencement de preuve par écrit? P. 24. — *Quid*, si un événement de force majeure a occasionné la perte de l'acte que constatait le bail? — La dation d'arrhes rendrait-elle la preuve testimoniale admissible? — Pourrait-on, du moins, prouver par témoins que le bail a reçu un commencement d'exécution? — Quels moyens de preuves la loi réserve-t-elle contre celle des parties qui nie le bail? P. 34. — Doit-on conclure des termes de l'art. 1315 que l'une des parties ne pourrait prouver par témoins certains faits pour en tirer des conséquences susceptibles de légitimer un droit quelconque? P. 26.

Questions. — Les art. 1715 et 1716 sont-ils applicables au louage des choses mobilières? — P. 27.

Art. 1716. — Lorsque le commencement du bail est reconnu, par quels moyens prouver le montant du prix, s'il n'existe point de quittances? P. 27.

Art. 1717. — La faculté de sous-louer est-elle de droit ou doit-elle être stipulée? — Le preneur peut-il céder son bail? Sous quels rapports la sous-location diffère-t-elle de la cession? P. 28. — En cas de cession ou de sous-location le preneur est-il affranchi des obligations qu'il s'est imposées envers le bailleur? — La faculté de sous-louer ou de céder peut-elle être interdite au locataire par une clause du bail? Quelle est l'autorité de ces mots contenus dans notre article: *Cette clause est toujours de rigueur*? P. 28 et 29. *Quid*, si le preneur a cédé son bail ou sous-loué, nonobstant la clause qui lui interdit cette faculté? P. 30. Le propriétaire pourrait-il demander la résiliation s'il avait approuvé la cession ou la sous-location? L'interdiction de sous-louer emporte-t-elle celle de céder? L'interdiction de céder emporte-t-elle celle de sous-louer? — Le preneur pourrait-il du moins céder ou sous-louer pour partie si l'acte portait ces termes généraux qu'il ne pourra céder ou sous-louer? P. 30 et 31.

Questions. — Quel est l'effet de la clause portant que le preneur pourra sous-louer ou céder *à qui bon lui semblera*?

Art. 1718. — Entre quelles personnes le contrat de louage peut-il valablement intervenir ? P. 32.

Questions. — Le bail de la chose d'autrui est-il valable ? Quels sont notamment les effets de ce bail vu avec de véritables propriétaires ? P. 35. *Quid*, si le bailleur est porteur d'un titre résoluble ? — *Quid*, s'il était simplement possesseur de bonne foi ? P. 35.

Le preneur pourrait-il refuser d'exécuter le bail en démontrant que le bailleur n'était pas propriétaire ? P. 36.

Art. 1719. — Quelles sont les dispositions du bailleur ? P. 37. — Peut-il être contraint à la délivrance ? P. 39. Dans quel sens doit-on entendre l'obligation qui lui est imposée d'entretenir la chose en état de service à l'usage pour lequel elle a été louée ? P. 39. Par quels moyens le preneur obtiendra-t-il l'exécution de cette obligation ? — Quelles sont les obligations que comporte celle de faire jouir personnellement le preneur pendant la durée du bail ? P. 40.

Questions. — Le fermier peut-il prétendre à l'alluvion survenu depuis que ce bail a été passé ? P. 42. — Si l'on admet l'affirmative, doit-il du moins une augmentation de prix ? P. 42.

Si le bailleur a loué la chose à deux personnes, quelle est celle qui doit être préférée ? P. 42.

Un copropriétaire peut-il valablement louer, sans le concours des autres, sa part dans une chose indivise ? P. 43.

Le preneur a-t-il du moins qualité pour demander en vertu de l'art. 1166 le partage des biens indivis, à l'effet de se faire assigner la portion de ces biens qui reviendra au locateur ? P. 43.

Art. 1720. — Sur quelles considérations l'obligation imposée au bailleur de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce est-elle fondée ? Quelle est la position du preneur s'il a pris possession de la chose sans en avoir constaté l'état ? P. 43. — Que doit-on entendre par réparations locatives ? P. 44. — Comment distinguer ces réparations de celles dites d'entretien ? P. 44.

Art. 1721. — Sur quelles bases l'obligation imposée au bailleur de garantir le preneur des vices ou défauts de la chose louée repose-t-elle ? P. 44. Quels sont les vices dont le bailleur est responsable ? — Pour donner lieu à garantie, est-il nécessaire que l'empêchement occasionné par les vices ou défauts de la chose louée soit absolu ? Ne doit-on pas appliquer ici la règle de l'art. 1641. *Quid*, si les vices ou défauts sont survenus depuis le bail ? P. 46. — Quelles sont les obligations que comporte la garantie due au preneur lorsque des vices ou défauts qui empêchent l'usage de la chose se manifestent ? Doit-on expliquer ici les règles établies par les art. 1645 et 1646 ? P. 47. — Le preneur doit-il attendre pour agir contre le bailleur que la perte totale ou partielle qu'il est en danger d'éprouver soit consommée ? — L'art. 1721 est-il applicable aux locations d'objets mobiliers ? P. 48.

Questions. — Si le propriétaire use de la faculté qui lui est confiée par la loi du 7 juillet 1833, en cas d'expropriation partielle pour cause d'utilité publique, de contraindre, en certains cas, l'État à prendre le domaine en entier, quelle est la position du preneur ? P. 48.

Si le propriétaire conserve la portion de son immeuble non comprise dans l'expropriation, peut-il contraindre le preneur à maintenir cette portion en état de servir à l'usage auquel elle est destinée ?

Art. 1722. — En cas de démolition d'une maison ordonnée par l'autorité publique pour cause soit de vétusté, soit d'alignement ou ce qui revient au même, la chose a péri en totalité ou en partie par cas fortuit, le bail est-il résilié de plein droit par tout ou partie ? — Dans ce dernier cas, comment s'opère la réduction

du prix? P. 49. — L'option entre le maintien du bail et la résiliation existe-t-elle au profit du bailleur, ou seulement en faveur du preneur? — En cas de perte soit totale soit partielle arrivée par cas fortuit, le preneur peut-il prétendre à des dommages-intérêts? — Doit-on assimiler au cas de perte matérielle la privation absolue ou momentanée de jouissance causée par un événement de force majeure? — La crainte d'un danger réel que présente l'usage de la chose peut-elle constituer une cause de résolution du bail ou de diminution du loyer? (P. 50). — *Quid*, si l'obstacle à la jouissance provient non de l'état des lieux, mais de la position personnelle du preneur? — Le preneur peut-il demander la diminution du prix ou la résiliation du bail, si l'événement dont il est victime n'a pas le caractère *de cas fortuit*? *Quid*, s'il a fait en prévision de ces cas des réserves formelles? (P. 51). — La perte de la chose louée emporte-t-elle résiliation du bail si elle est imputable au preneur? P. 52. En cas de perte soit totale, soit partielle, arrivée par cas fortuit, le preneur peut-il, indépendamment de la résolution du bail ou de la réduction du prix, prétendre à des dommages-intérêts? — Les parties pourraient-elles valablement stipuler que la perte totale n'entraînera pas la stipulation du bail? — Une simple gêne suffirait-elle pour motiver soit la résiliation du bail, soit une diminution de prix? — L'art. 1722 est-il applicable aux baux des maisons et des biens ruraux? (P. 53).

Questions. — L'action en garantie serait-elle recevable si la force majeure, tout en laissant substituer la chose et les parties matérielles, mettait obstacle à ce qu'elle fût employée à sa destination? P. 53.

Quid, si la force majeure a fait cesser momentanément la jouissance d'un accessoire de la chose? P. 53.

Quid, En pareil cas, lorsqu'il s'agit d'un droit de péage ou autre?

En cas de perte partielle arrivée par cas fortuit, le preneur doit-il nécessairement opter entre la résiliation et la diminution du prix? Pourrait-il exiger que le bailleur remit en état ce qui reste? (P. 54).

Le preneur peut-il, en cas d'incendie, arriver par son fait ou par sa faute à écarter la demande en résiliation en offrant de rétablir les lieux dans leur état primitif, ou en indemnisant le propriétaire? P. 55.

De même que les pertes graves peuvent amener une diminution des loyers, de même les profits considérables et imprévus faits par le preneur peuvent-ils donner lieu à une augmentation de prix? P. 55.

Art. 1723. — Quelles conséquences doit-on tirer du principe que le preneur ne peut changer la forme de la chose louée? P. 55.

Art. 1724. — Le propriétaire, obligé de maintenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, peut-il faire des grosses réparations malgré le preneur? — *Quid*, si les réparations sont urgentes? Mais alors le preneur n'a-t il pas droit à une indemnité en certains cas? P. 56. — *Quid*, si les réparations durent plus de 45 jours? — *Quid*, s'il y a pour le preneur non-seulement privation partielle de jouissance, mais encore impossibilité totale, absolue de jouir? P. 57. — En quoi consiste le dédommagement auquel le preneur peut prétendre dans l'une ou dans l'autre hypothèse? P. 58.

Art. 1725. — Le bailleur doit-il garantie au preneur des troubles *de fait* apportés à la jouissance? P. 59. — *Quid*, si la chose a été détruite en totalité ou en partie? P. 59. — *Quid*, si les voies de fait ont empêché le preneur de prendre possession? P. 60.

Art. 1726. — Le bailleur doit-il garantie du trouble de droit? — En quoi con-

siste ce genre de trouble? P. 61. — Sur quelles bases doit-on calculer l'indemnité à laquelle le preneur peut prétendre? P. 61. — Sous quelles conditions le preneur peut-il agir en garantie? P. 61. — Quelle est la position du preneur, s'il a laissé insérer dans le bail une clause de non garantie, bien qu'il ait connu la cause d'éviction? P. 62.

Art. 1727. — La garantie est-elle due si les auteurs des voies de fait prétendent avoir quelque droit sur la chose louée? — Que doit faire en ce cas le preneur pour conserver ses droits contre le bailleur? P. 63. — *Quid*, si le trouble est passif? P. 64.

Art. 1728. — Quelles sont les obligations du preneur? P. 64. — Quelle est la peine infligée au preneur s'il a retard à payer son loyer? P. 66. — Le paiement des contributions soit foncières, soit mobilières, doit-il être fait par le preneur ou par le bailleur? P. 67.

Art. 1729. — Quelle peine inflige-t-on au preneur s'il commet des actes d'abus de jouissance? P. 68. — Le bailleur peut-il prétendre à des dommages-intérêts? Le preneur peut-il exiger une indemnité si le changement de destination des lieux, loin de nuire au bailleur, lui a été profitable? P. 69.

Questions. — Quels sont les droits du bailleur lorsque le preneur abuse de la jouissance. Par ex. en désachalandant une usine? P. 70.

Quelles sont les limites du droit accordé au preneur quand l'usage consiste à détacher une partie de la chose même? P. 70.

Art. 1730. — Dans quel état le preneur doit-il rendre la chose? est-il responsable des dégradations qui provenaient de vétusté ou de force majeure? Quel moyen peut-il employer pour se mettre à l'abri des demandes exagérées que pourrait former contre lui le preneur? P. 71.

Art. 1731 — Quelle est la position du preneur en ce qui touche les réparations locatives, lorsqu'il n'a pas été fait d'état de lieux? — A défaut de l'état de lieux, peut-il combattre par la preuve contraire, la présomption qu'il a reçu la chose en bon état? — Peut-il notamment faire entendre des témoins sans commencement de preuve par écrit, sans que la demande formée contre lui excède 150 fr.? — Doit-il des dommages-intérêts, si les dégradations ont été causées par cas fortuit ou par vétusté? — Le bailleur peut-il en certains cas, exiger pendant le cours du bail, que les lieux soient remis en bon état? — Le preneur est-il censé avoir reçu les lieux en bon état, quand il s'agit de réparations de gros entretien? P. 72.

Questions. — Quel est l'effet de la clause portant que le preneur sera tenu des *frais de réparations* sans autre explication? P. 73.

Art. 1732. — Des pertes ou des dégradations survenues depuis le commencement du bail, le preneur en est-il responsable? P. 73.

Quelle est la position du preneur s'il a fait pendant le cours du bail, des impenses autres que celles dites locatives? — *Quid*, si les impenses étaient nécessaires? — *Quid*, lorsqu'il s'agit d'améliorations proprement dites, c'est-à-dire de travaux qui augmentent imperceptiblement la valeur du fonds? — *Quid*, lorsqu'il s'agit de choses qui sont plutôt juxta-posées qu'incorporées au fond? — *Quid*, lorsque les améliorations consistent en additions à perpétuelle demeure? P. 74.

Art. 1733. — L'incendie est-il un événement qui suffise indépendamment de toute preuve de faute, pour affranchir le preneur de toute responsabilité? — Le preneur doit-il nécessairement établir que l'incendie est arrivé par l'une des trois causes que la loi détermine : *cas fortuit*, *force majeure*, *vice de construction?* P. 76. — Se dégagerait-il de toute responsabilité, en prouvant que le feu a été communiqué par une maison voisine? — La présomption de faute s'applique-t-elle au locataire de tout autre lieu, qu'une maison d'habitation : par ex., quand il s'agit d'un bazar, d'un théâtre, etc., la présomption de faute qui résulte de

l'art. 1733, peut être invoquée par tout autre que par le bailleur? P. 78.—Peut-elle être invoquée contre tout autre que le locataire? — Cesse-t-elle de subsister lorsque le propriétaire habite une partie de la maison? P. 77. — Peut-elle être invoquée par le propriétaire contre un sous-preneur? — L'article 1733 est-il applicable au cas de bail à colonage? — La présomption légale s'étend-elle à la perte ou à la détérioration des meubles que le propriétaire avait placés dans la maison incendiée? P. 80. — En quoi consiste l'indemnité due au bailleur? P. 81.

Questions. — La clause portant que le propriétaire assuré, cède à la compagnie d'assurances tous ses droits contre le locataire, est-elle valable? P. 81.

Un locataire occupe un appartement dans une maison dont le reste est inhabité ou occupé par le propriétaire; la présomption légale qui résulte de l'art. 1733, peut-elle être invoquée pour la totalité de la maison? P. 82.

Art. 1734. — Lorsque plusieurs locataires habitent la maison quels sont les droits du propriétaire contre chacun d'eux? p. 83. — Quelle est la position respective des divers locataires.

Questions. — Lorsque le propriétaire habite la maison a-t-il une action solidaire contre les divers locataires, si l'on ignore dans quel lieu l'incendie a commencé? P. 84.

Art. 1735. — Le preneur est-il responsable vis-à-vis des propriétaires, des dégradations ou des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison? — Le bailleur peut-il actionner ces personnes directement? P. 84.

Art. 1736. — Quelles sont les causes qui mettent fin au bail? — *Quid*, si le bail est fait sans écrit? P. 85. — Dans quelle forme et dans quel délai le congé peut-il être donné? — *Quid*, si le louage a des meubles pour objet? P. 87. —*Quid*, si la chose ne produit pas de fruits proprement dits? P. 88.

Questions. — Si le domaine affermé appartient à plusieurs propriétaires par indivis, le congé donné par un seul est-il valable? P. 88.

Lorsque plusieurs personnes ont simultanément loué une même chose, quel est l'effet du congé donné par l'un sans le concours des autres? P. 88.

Art. 1737. — A quel moment cesse le bail, lorsqu'il a été fait par écrit? P. 88.

Art. 1738. — Quelle est alors la position du preneur s'il reste en possession? — Que faut-il entendre par tacite réconduction? — Quelles sont les conditions requises pour qu'elle puisse s'opérer? — Quelles conséquences doit-on tirer du principe que la tacite réconduction crée un nouveau bail? — Quelles conséquences doit-on tirer du principe qu'il est censé consenti aux mêmes conditions que le bail originaire? — Toutes ces conditions sont-elles comprises sans distinction dans le nouveau bail? — La tacite réconduction a-t-elle lieu dans les baux emphytéotiques ou dans les baux qui sont soumis à des formalités particulières? P. 91. — Dans les baux dont la durée n'est pas déterminée, une réconduction s'opère-t-elle à la fin de chaque terme fixé par l'usage pour le paiement des loyers? — Les meubles peuvent-ils être loués comme les immeubles avec fixation de durée? — La tacite réconduction peut-elle s'opérer dans le louage des meubles? P. 92.

Art. 1739. — Lorsque l'une des parties a donné congé à l'autre, la tacite réconduction peut-elle néanmoins s'opérer? P. 43.

Art. 1740. —La caution donnée pour le bail, s'étend-elle aux obligations résultant de la prolongation? P. 93.

Art. 1741. — Quelles sont les causes autres que l'expiration du terme, qui mettent fin au bail? — *Quid*, si la chose louée a péri? — *Quid*, si le bailleur ou le preneur ne remplissent pas leurs engagements?

Questions. — Si le locataire ne remplit ses engagements, le propriétaire peut-il

expulser le sous-preneur, lorsque ce dernier est en règle à l'égard de son bailleur? P. 94.

Art. 1742. — Le louage des choses se résout-il par la mort du bailleur ou par celle du preneur? 9. 95.

Art. 1743. — Quelle est la position du preneur si le bailleur vend la chose louée? — *Quid*, si le bail n'a pas date certaine? — *Quid*, si le bailleur s'est réservé le droit d'expulsion? — Dans l'un et l'autre cas, le preneur peut-il être expulsé immédiatement sans congé préalable? P. 97. — *Quid*, si le successeur particulier laisse jouir le preneur et perçoit les loyers sans se réserver dans les quittances la faculté de l'expulser? P. 98. — La loi du 23 mai 1855, n'a-t-elle point prescrit certaines mesures pour garantir les droits des tiers lorsque la durée du bail dépasse 18 ans? — Lorsque le propriétaire a disposé à titre gratuit du fonds donné à bail, le donataire peut-il expulser le preneur dont le bail n'a pas date certaine? P. 98,

Questions. — Le preneur peut-il en se prévalant de l'art. 1743 refuser d'exécuter le bail qui n'a pas date certaine, sous prétexte que l'acheteur aurait la faculté de le rompre. P. 99.

L'acquéreur est-il tenu d'exécuter le bail, si le preneur n'est pas encore possesseur au moment de la vente? p. 99.

Art. 1744. — L'acquéreur expulsé par le preneur, peut-il se faire indemniser? P. 101.

Art. 1745, 1746 et 1747. — Comment se règle l'indemnité? P. 101.

Art. 1748. — L'acquéreur peut-il expulser le preneur immédiatement sans congé préalable? P. 101.

Art. 1749. — Peut-il user de cette faculté avant d'avoir indemnisé le preneur? P. 102.

Art. 1750. — Le preneur peut-il exiger des dommages-intérêts si son titre n'est pas authentique ou n'a pas date certaine? P. 102.

Art 1751. — L'acquéreur à pacte de réméré peut-il avant d'être devenu propriétaire irrévocable, expulser le preneur, bien que le terme déterminé pour la durée soit expiré? P. 102.

SECTION II.

Règles particulières aux baux à loyer.

Sommaire p. 103.

Art. 1752. — Quelles sont les garanties que le locataire doit procurer au bailleur? P. 104.

Art. 1753. — Quelle est la position des sous-locataires, vis-à-vis du propriétaire? P. 106.

Art. 1754. — Quelles sont les réparations dont le locataire est tenu? — Que faut-il entendre par réparations locatives? P. 108.

Questions. — Lorsqu'il y a plusieurs locataires à la charge de qui sont les réparations locatives des choses destinées à l'usage de tous? P. 109.

Art. 1755. — Le locataire est-il tenu de réparations locatives occasionnées par vétusté ou force majeure? P. 110.

Art. 1756. — Le curement des puits et celles des fosses d'aisance, est-il à la charge du preneur? P. 110.

Art. 1757. Quelle est la durée du louage des meubles? — Quelles sont les obligations du bailleur? P. 118. — Quelles sont celles du preneur? — La tacite réconduction a-t-elle lieu en cette matière? P. 111 et 112.

Art. 1758. — Quelle est la durée du bail des appartements garnis? P. 118.

Art. 1759. La tacite réconduction a-t-elle lieu en cette matière? *Quid*, si le bail est fait sans durée limitée? P. 114.

Questions. — Lorsque la maison louée appartient à plusieurs propriétaires par indivis, l'un d'eux peut-il donner congé pour son compte particulier? P. 114.

Quid dans le cas inverse si plusieurs locataires occupent les lieux par indivis? P. 114.

Art. 1760. — Quelle peine le locataire encourt-il, si la résiliation du bail a lieu par sa faute? P. 115.

Art. 1761. — Le propriétaire peut-il expulser le preneur avant l'expiration du bail, en déclarant qu'il veut habiter par lui-même la maison louée? P. 115. — *Quid*, s'il a installé un tiers dans la maison. P. 116.

Art. 1762. — Est-il tenu de donner congé bien qu'il se soit réservé le droit d'expulsion? P. 116.

SECTION III.

Règles particulières aux baux à ferme.

Sommaire. P. 116.

Art. 1763. — Qu'est-ce qu'un colon partiaire? Le colonage partiaire est-il un bail véritable? P. 118. Le colon partiaire peut-il, comme le fermier, sous-louer ou céder son bail? P. 120.

Questions. — La défense légale de céder ou de sous-louer entraîne-t-elle comme conséquence la résiliation par la mort du colon partiaire? P. 221.

Le droit de chasse est-il un accessoire du fonds affermé? P. 222.

Art. 1764. — Quelle peine le colon partiaire qui a contrevenu à l'obligation de sous-louer ou de céder son bail, encourt-il? P. 124.

Art. 1765. — Si l'on a donné aux fonds affermés une contenance moindre ou plus grande que celle qu'ils ont réellement, doit-on appliquer les règles des art. 1618 à 1620? P. 124.

Art. 1766. — Quelles sont les obligations imposées au fermier? Quelles peines lui inflige-t-on, s'il ne jouit pas en bon père de famille? Ou s'il emploie la chose à un usage autre que celui auquel elle est destinée? — Le fermier est-il tenu, comme le locataire, de faire la réparation locative? En quoi consistent ces repations? P. 126 et 127.

Art. 1767. — Pourquoi oblige-t-on le fermier d'un bien rural à engranger dans les temps à ce destiné? P. 127.

Art. 1768. — Quelles sont ses obligations, si les voisins commettent des usurpations sur le fonds? Ou s'ils manifestent par des actes judiciaires ou extrajudiciaires des intentions à la propriété du tout ou partie du fonds? P. 127.

Art. 1769. — Peut-il prétendre à une indemnité si des circonstances fortuites le privent d'une partie notable d'une récolte, lorsque le bail est fait pour plusieurs années? Sous quelles conditions? P. 128.

Art. 1770. — *Quid*, dans le premier cas, si le bail n'est que d'une année? P. 139.

Questions. — Le fermier peut-il invoquer le bénéfice de ces articles, s'il a été indemnisé par une compagnie d'assurances? P. 139.

Quid, lorsque des mesures fiscales qui frappent non sur la production, mais sur l'écoulement de la production, ont été prises par l'autorité? P. 139.

Art. 1771. — Quelle est la position du fermier lorsque la perte des fruits arrive depuis qu'ils sont séparés du sol? P. 140.

Art. 1772. — Le preneur ne pourrait-il point s'affranchir, par une stipulation expresse, de la perte résultant d'un cas fortuit? P.

Art. 1773. — Cette stipulation doit-elle s'entendre des cas fortuits ordinaires? Le fermier pourrait-il s'affranchir même de la perte des cas fortuits extraordinaires? P. 141.

Quelle est la durée des baux faits sans écrits, lorsqu'ils ont pour objet un héritage rural? P. 163.

Art. 1774. — Lorsque le bail est fait sans durée fixe, la durée est-elle comme celle des baux à loyer, abandonnée à l'usage des lieux?

Questions. — Dans les baux à colonage partiaire est-il nécessaire à la différence de ce qui est établi pour les baux à ferme de donner congé lorsque leur durée n'est pas déterminée par le contrat? P. 144.

1775. — La tacite réconduction a-t-elle lieu quand il s'agit d'un bien rural? Quelle est alors la durée du nouveau bail? — *Quid,* si le bail comprend à la fois des prés, des vignes et des terres labourables divisés par soles? — *Quid,* s'il s'agit d'un bois taillis mis en coupes réglées? P. 143. — *Quid,* si l'héritage produit plusieurs récoltes par an?

Questions. — Lorsqu'une ferme partagée en plusieurs soles a été donnée à bail pour une année seulement, si le fermier ensemence les terres d'une autre sole à l'expiration de son bail, la réconduction aura-t-elle lieu? P. 144.

Art. 1776. — Quelles sont les mesures que prescrit la loi pour la convenance des fermiers qui prennent successivement l'exploitation de l'héritage affermé? P. 145.

Art. 1777. — Quels sont les droits du propriétaire sur les parties d'engrais de l'année, lorsque le fermier quitte l'héritage à la fin de son bail? — *Quid,* si le fermier a fait des constructions? Que faut-il décider à l'égard des semences?

Questions. — Le propriétaire peut-il garder les pailles et fumiers de l'année sans en payer le prix si le bail porte que ces pailles et fumiers seront mis sur la ferme? P. 146.

CHAPITRE III.

Du louage d'ouvrage et d'industrie.

Sommaire. P. 446.

Sous quels rapports le mandat salarié diffère-t-il du louage d'ouvrage? P. 147.

Art. 1779. — Combien distingue-t-on d'espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie?

SECTION I.

Louage des domestiques et ouvriers.

Sommaire, P. 153.

Art. 1780. — Un ouvrier ou un domestique peut-il engager ses services pour toute sa vie? — Pourquoi lui refuse-t-on cette faculté? P. 154. — L'inexécution des travaux donnera-t-elle lieu à des dommages-intérêts? — Un maître peut-il s'engager à conserver indéfiniment la personne qu'il prend à son service? — L'entrepreneur qui s'engage pour une entreprise déterminée dont la durée se prolongera au-delà du terme de la vie humaine est-il admis à invoquer le bénéfice de l'art. 1780? P. 159. — La détermination de la durée des services, doit-elle résulter nécessairement des termes du contrat? P. 155. — Le serviteur engagé pour un temps limité ou pour une entreprise déterminée, peut-il suspendre ses travaux sans le consentement du maître? — Le maître peut-il le renvoyer? — *Quid,* si des causes graves de résiliation sont survenues? — Quelle est alors la position des parties en ce qui touche le salaire promis? — En certains cas celui des contractants par le fait duquel le contrat est rompu, ne doit-il pas à l'autre des domma-

ges-intérêts? — En quoi consistent les dommages-intérêts? — Quelle est la position des parties lorsque la durée des services n'est déterminée ni par la convention ni par l'usage des lieux, ni par la nature des travaux? P. 159.

Art. 1781. — Si le contrat est verbal, comment règle-t-on les droits des parties en ce qui touche la quotité des gages, le paiement du salaire de l'année échue et les à-comptes donnés pour l'année courante? — Pourquoi ces dispositions exceptionnelles? P. 160. — Quel est le juge compétent pour connaître des difficultés qui s'élèvent entre le maître et le domestique ou l'ouvrier? P. 161.

Questions. — Quel est le juge compétent pour connaître de la demande formée par le domestique en restitution de ses effets? P. 162.

Les héritiers ou ayants cause du maître, peuvent-ils se prévaloir du bénéfice de l'art. 1781? P. 162.

L'art. 1781 est-il applicable quand il s'agit des constructions qui s'élèvent entre les cochers de voitures de place et les entrepreneurs de ces voitures? P. 162.

SECTION II.

Des voitures par terre et par eau.

Sommaire. P. 162.

Art. 1782. — Quelles conséquences doit-on tirer du principe que les voituriers sont assujettis pour la garde et la conservation des choses qui leurs sont confiées aux mêmes obligations que les aubergistes? P. 163. — En cas de perte du colis, comment apprécie-t-on le dommage causé? — *Quid*, si une expertise est impossible? — *Quid*, si la chose a augmenté de valeur depuis l'achat? — *Quid*, si elle a diminué de valeur? — *Quid*, si le contenu des colis n'a pas été déclaré? — D'après la réception des objets transportés et le paiement du prix, le destinateur peut-il encore agir contre le voiturier en cas de fracture ou d'avarie des objets transportés? P. 165. — Par quel délai se prescrit l'action en réparation accordée contre le voiturier en cas de perte ou d'avarie? — *Quid*, si l'expéditeur n'est pas commerçant? P. 165. — Si le voiturier a été empêché par un cas de force majeure de continuer sa route, quelle est sa position relativement au prix? — A quel moment commence la responsabilité du voiturier? P. 166. — Les règles du dépôt accessoire, sont-elles applicables quand il s'agit d'établir la preuve du dépôt? P. 166. — Peut-on établir cette preuve par témoin lors même qu'il s'agit d'une valeur excedant 150 fr.

Art. 1783. — A partir de quel moment les entrepreneurs de transport sont-ils responsables? P. 167.

Art. 1784. — Suffit-il au voiturier d'exiper d'un cas fortuit ou de force majeure pour se dispenser de la garantie? — *Quid*, si l'avarie a été la suite du vice de la chose ou d'un défaut d'emballage? P. 168. — A quel moment le voiturier doit-il prudemment faire constater la force majeure? — Suivant quel mode? — S'il a négligé le mode indiqué par l'art. 166 du Code de commerce, pourra-t-il ensuite employer la preuve testimoniale? — Le voiturier peut-il valablement stipuler que le bris ou la coulure ne seront pas à sa charge? P. 169.

Art. 1785.—Quelles sont les mesures que les entrepreneurs de voitures publiques et ceux des roulages publics, sont tenus de prendre pour constater les dépôts qui leur sont confiés? P. 169. — Certains colis ne sont-ils pas exceptés par l'usage?— *Quid*, si l'enregistrement des colis n'a pas eu lieu? P. 170. — Lorsque le dépôt est prouvé ou n'est pas contesté, par quel moyen peut-il en cas de perte établir l'importance du dommage qu'il éprouve? P. 171.

Les entrepreneurs de messageries n'ont-ils pas tentés plusieurs fois d'échapper à l'application des règles du droit commun? P. 174. — La responsabilité du voi-

turier s'étend-elle indépendamment de toute déclaration du voyageur ou de l'expéditeur, aux sommes d'argent, billets, bijoux ou objets précieux qui se trouvaient dans le colis égaré? P. 173 — *Quid*, lorsqu'il s'agit de petites sommes nécessaires aux voyageurs pour le voyage ou pour les premiers moments d'arrivée ou d'objets de toilette que les voyageurs sont dans l'usage de placer dans leurs malles? P. 175.

Art. 1786.—Les entrepreneurs de direction des voitures publiques et de roulage, ne sont-ils pas assujettis à des règles particulières? P. 175.

SECTION VIII.

Des devis et marchés.

Sommaire. P. 176.

Art. 1787. — Lorsque l'ouvrier fournit la matière le contrat est-il une vente ou un louage? — *Quid*, lorsqu'il s'est seulement chargé de faire certaines fournitures accessoires. P. 178.

Art. 1788. — Si l'ouvrier fournit la matière, est-ce lui ou le maître qui supporte la perte, en supposant que l'événement soit arrivé avant que ce dernier ait été mis en demeure de recevoir la chose? — *Quid*, s'il a été constitué en demeure. P. 177.

Art. 1789. — Pour qui est la perte survenue par force majeure, si l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie? p. 179.

Art. 1790. — Dans ce dernier cas l'ouvrier peut-il réclamer son salaire, si la chose a péri sans aucune faute de sa part, avant que l'ouvrage ait été reçu, et avant que le maître ne fût en demeure de la recevoir? P. 180. — La règle est-elle applicable quand il s'agit de constructions? — *Quid*, si la chose a péri depuis que le maître a été constitué en demeure de recevoir l'ouvrage? — *Quid*, si elle a péri par le vice de la matière? P. 181. — Le vice de la matière serait-il une excuse pour l'ouvrier s'il avait dû, à raison de son art, reconnaître ce vice, ou s'il n'avait pas prévenu le maître, bien qu'il s'en fût aperçu? — L'ouvrier est-il responsable si des vices se manifestent dans l'ouvrage vérifié et accepté? P. 181.— *Quid*, en matière de construction? P. 181.

Art. 1791. — Lorsqu'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, à partir de quel moment l'ouvrier cesse-t-il d'être responsable, si la vérification peut s'en faire par parties? P. 181.

Art. 1792. — Si l'édifice construit à prix fait périt en tout ou en partie soit par le vice de construction soit par le vice du sol. — Depuis que les travaux ont été vérifiés agréés et payés, l'architecte est-il responsable? — Pourquoi établir à l'égard des architectes et des entrepreneurs des mesures exceptionnelles? — Quelle est la durée de leur responsabilité? — Si les vices ont été signalés au propriétaire par leur vérificateur ou s'ils étaient apparents, quelle est la position de l'architecte ou de l'entrepreneur en ce qui touche la responsabilité? P. 184. — Quelles sont les modifications apportées par l'art. 2270 à l'art. 1792? P. 185.— Si l'ouvrage périt dans les dix ans, la perte est-elle censée provenir de la force majeure ou d'un vice de construction? P. 188. — L'architecte et l'entrepreneur sont-ils tenus solidairement des dommages-intérêts auxquels le propriétaire peut prétendre pour vice de construction? P. 189. — Quelle est la durée de l'action en garantie accordée contre eux? — De quel jour part le délai? P. 190.—L'architecte et l'entrepreneur, sont-ils responsables s'ils n'ont pas suivi les règlements administratifs? — Pendant combien de temps le propriétaire pourra-t-il agir contre eux? P. 191. — *Quid*, lorsqu'il y a eu infraction de leur part aux règles de la voirie ou aux droits du voisinage? P. 192.

Questions. — L'art. 1792 est-il applicable à l'entrepreneur qui a construit sur

son propre sol et avec ses matériaux une maison dont on lui a fait la commande? P. 192.

Art. 1793 — De combien de manières peut-on traiter avec un entrepreneur ou un architecte pour des constructions élevées? P. 193. — L'architecte ou l'entrepreneur qui s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, peut-il demander une augmentation de prix? P. 192. — *Quid*, s'il a fait des changements au plan arrêté ou s'il y a eu augmentation soit du prix de la main-d'œuvre, soit du prix des matériaux? — *Quid*, si des travaux supplémentaires ont été ordonnés par des Ingénieurs, notamment en cas d'incendie ou d'inondation? — Lorsque des modifications ou des additions aux plans sont arrêtées avec le propriétaire, quelles mesures l'entrepreneur doit-il prendre pour conserver ses droits contre ce dernier? P. 193. — Un écrit est-il nécessaire quand il s'agit de constater la convention relative aux prix de ces changements ou additions? P. 194. — L'art. 1793 doit-il, comme l'art. 1792, être combiné avec l'art. 2270? P. 194.

Art. 1794.—Le maître peut-il, par sa seule volonté, résilier le marché à forfait? — S'il use de cette faculté, quelle est alors sa position vis-à-vis de l'entrepreneur? — Que doit-on décider au cas d'un ouvrage fait à tant la mesure? — L'entrepreneur peut-il, comme le maître, résilier le marché *à forfait* par sa seule volonté? P. 195.

Questions. — L'art. 1794 est-il applicable lorsque l'entrepreneur travaille sa propre chose? P. 195.

Art. 1795. — Le contrat de louage d'ouvrage se dissout-il par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur, comment concilier l'art. 1795 avec l'art. 1237 qui autorise l'ouvrier à se faire remplacer? — *Quid*, si la personne décédée s'était engagée non à faire la chose mais à la procurer? P. 197. — La mort du maître est-elle une cause de résiliation?

Art. 1796. — La mort de l'ouvrier dispense-t-elle le maître de payer la valeur des travaux exécutés et le prix des matériaux employés? — *Quid*, si ces travaux ou ces matériaux ne lui sont pas utiles? P. 198.

Questions. — Les art. 1795 et 1796 sont-ils applicables, lorsque l'ouvrier travaille sur son propre terrain ou lorsqu'il fait un ouvrage avec sa matière? P. 198.

Art. 1797. — L'entrepreneur est-il responsable du fait des personnes qu'il emploie? P. 198.

Art. 1798. — Quelle est la position des ouvriers employés par l'entrepreneur vis-à-vis du maître? P. 199.

Art. 1799. — Quelle est vis-à-vis du maître la position des maçons, charpentiers, serrurriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait? P. 200.

CHAPITRE IV.

Du bail à cheptel.

Sommaire. P. 200.

SECTION I.

Dispositions générales.

Art. 1800. — Qu'est-ce que le bail à cheptel? P. 201.

Art. 1801. — Combien distingue-t on de sortes de cheptel? P. 202.

Art. 1802. — Quels animaux peut-on donner à cheptel? P. 202.

Art. 1803. — Les parties peuvent-elles, par des conventions, modifier les règles que la loi a tracées sur les cheptels.

SECTION II.

Du cheptel simple.

Sommaire. P. 202.

Art. 1804. — Qu'est-ce que le cheptel simple? P. 203.

Art. 1805. — Quel est l'effet de l'estimation donnée au cheptel? P. 204.

Art. 1806. — Quels sont les soins que le preneur doit à la conservation du cheptel? P. 204.

Art. 1807. — Le cheptelier doit-il supporter une partie de la perte arrivée par cas fortuit, si elle n'est pas locale. — *Quid,* si elle est locale? P. 205.

Art. 1808. — Lorsque la perte est arrivée par un cas fortuit qui n'exclut pas la faute, le cheptelier est-il comme le preneur ordinaire, présumé en faute? P. 205.

Art. 1809. — Le preneur doit-il compte des peaux des bêtes qui ont péri? P. 205.

Art. 1810. — Si le cheptel périt en entier, sans la faute du preneur, par qui la perte est-elle supportée? — *Quid,* si la perte n'est que partielle? P. 206.

Art. 1811. — Quelles sont les clauses prohibées à peine de nullité dans le cheptel simple? P. 207. — Si l'une d'elle a été insérée, le contrat doit-il être annulé pour le tout? — Doit-on seulement déclarer nulle, la clause prohibée? — Cette clause même est-elle considérée comme non avenue, tant pour le partage du gain, que pour la contribution à la perte? P. 208 — La nullité peut-elle être invoquée pendant la durée du bail? — Quels sont les droits du preneur sur les produits du cheptel? P. 209.

Questions. — Le cheptelier pourrait-il louer à des tiers les animaux qui leur sont confiés? P 212.

Art. 1812. — Le cheptelier peut-il disposer du croît sans le consentement du bailleur? — *Quid,* si le bailleur refuse son consentement? P. 213. — Le bailleur de son côté pourrait-il vendre le cheptel sans avoir égard aux droits du cheptelier? — Quels sont les droits des créanciers, soit du bailleur, soit du preneur sur le cheptel? P. 213. — Si le preneur avait vendu le cheptel, le bailleur aurait-il le droit de révendication? P. 215.

Art. 1813. — Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, quelles mesures le maître doit-il prendre pour instruire ce cheptel au privilége du propriétaire? P. 215.

Art. 1814. — Le preneur peut-il tondre sans prévenir le bailleur? P. 216.

Questions. — Quel est l'effet de la clause portant que l'une des parties pourra exiger le partage quand bon lui semblera, s'il n'y a pas de réciprocité? P. 216.

Art. 1815. — Quelle est la durée du cheptel quand il n'y a point de terme fixé par la convention? P. 216.

Questions. — Le bail à cheptel se dissout-il par la mort du cheptelier? P. 217.

Art. 1816. — Le bailleur peut-il avant l'expiration de ce temps demander la résiliation du bail, si le preneur ne remplit pas ses engagements? P. 217.

Art. 1817. — A la fin du bail ou lors de la résolution, par quels moyens peut-on connaître le profit à partager? P. 217.

SECTION III.

Du cheptel à moitié.

Sommaire. P. 218.

Art. 1818. — Qu'est-ce que le cheptel à moitié? P. 219.

Art. 1819. — Quels sont dans les cheptels à moitié les droits du cheptelier sur les produits du cheptel et sur les mêmes produits? P. 219.

Art. 1820. — Quelles sont les règles du cheptel à moitié, autres que celles spécialement prévues par la loi? P. 220.

SECTION IV.

Du cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou colon partiaire.

§ Ier. — Du cheptel donné au fermier.

Sommaire. P. 221.

Art. 1821. — Qu'est-ce que le cheptel de feu? P. 222.

Art. 1822. — Dans quel but le cheptel doit-il être estimé au commencement du bail? — Le fermier en devient-il propriétaire? P. 222.

Art. 1823. — A qui appartiennent les profits pendant la durée du bail? — Peut-on attribuer au maître une partie de ces profits? P. 224.

Art. 1824. — Le fermier est-il compris dans les profits personnels du preneur? P. 224.

Art. 1825. — Par qui, la perte résultant d'un cas fortuit, est-elle supportée, qu'elle soit totale ou partielle? P. 224. Pourquoi met-on cette perte à la charge du fermier? Pourrait-on charger le bailleur d'une partie des risques? P. 225.

Art. 1826. — Le fermier pourrait-il retenir le cheptel en payant l'estimation originaire? Quels sont ses droits sur l'excédant? Est-il tenu du déficit? Par quels moyens parvient-on à fixer la position respective des parties? P. 225.

§ 2. — Du cheptel donné au colon partiaire. P. 226.

Sommaire p. 226.

Art. 1827 et 1830. — Le cheptel ne se rapproche-t-il pas du cheptel simple? P. 226.

Art. 1828. — Peut-il être l'objet de certaines clauses interdites dans le cheptel simple? Pourquoi cette modification? Quelles sont donc les clauses qui demeurent prohibées? P. 227.

Art. 1829. — A quel moment finit le cheptel donné au colon partiaire? P. 227.

SECTION V.

Du contrat improprement appelé cheptel.

Art. 1831. — Lorsque l'on confie à un individu une ou plusieurs vaches pour les loger et les nourrir, est-ce là un contrat de société? Quelle est la position respective des parties? P. 228.

TITRE 9.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

(Décrété le 8 mars 1804. Promulgué le 18 du même mois.)

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Le contrat de société est *consensuel, synallagmatique, commutatif* et *à titre onéreux ;*

Consensuel, car il se forme par le seul consentement;

Synallagmatique, car les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre;

Commutatif, puisque chacune d'elles s'engage à donner ou à faire une chose qui est considérée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle ;

Enfin, il est *à titre onéreux*, puisqu'il assujettit chacun des contractants à donner ou à faire quelque chose.

La société doit-elle être considerée comme un être moral, comme un propriétaire intermédiaire, comme une personnalité propre, ayant des droits et des engagements distincts de ceux de chaque associé? Cette question est grave : L'affirmative entraîne les conséquences suivantes :

1° Les créanciers de la société peuvent se faire payer sur l'actif, à l'exclusion des créanciers de chaque associé; les biens qui le composent constituent leur gage;

2° Les débiteurs de la société ne peuvent opposer à la société la compensation de ce qui leur est dû par les associés personnellement;

3° Pendant la durée de la société, le droit des associés est purement mobilier, encore que le fonds social comprenne des immeubles.

Si l'on admet, au contraire, que la société ne constitue pas un être moral, en d'autres termes, que le fonds social appartient par indivis aux divers associés, il faut décider :

1° Que la part de chaque associé dans le fonds social est le gage commun des créanciers personnels de cet associé et des créanciers de la société;

2° Que le débiteur poursuivi au nom de la société, peut opposer

en compensation, ce qui lui est dû par l'un des associés personnellement, et *vice versâ ;*

3° Que la nature du droit de chaque associé, ne sera connu que par le résultat du partage qui aura lieu lors de la dissolution ; en sorte que ce droit sera mobilier ou immobilier, suivant que les biens à partager seront meubles ou immeubles.

Aucune difficulté ne s'élève en ce qui touche les sociétés commerciales : on s'accorde à reconnaître (1) qu'elles constituent des personnes civiles : d'une part, en effet, les formalités prescrites par le Code de commerce, pour constater leur existence et la révéler au public, démontrent qu'elles constituent des individualités (42 à 45, C. de comm.) ; d'autre part, ce caractère leur est implicitement reconnu par l'art. 529 (C. civ.), qui déclare meubles par la détermination de la loi, les intérêts et actions dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies, et par l'art. 69, 6° (Pr.), lequel porte, que les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, doivent être assignées en leur maison sociale, et, s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés.

Mais plusieurs auteurs pensent que les sociétés commerciales seules constituent des êtres moraux, et que les sociétés civiles sont des réunions d'intérêts communs; que chaque associé est individuellement propriétaire d'une part dans la masse, en proportion de sa mise. — Elles tirent un argument *à contrario*, des art. 529 (C. civ.), 69, n° 6 (Pr.), 20, 30, 39, 45 (C. de comm.) : ces articles, disent-ils, gardent un silence absolu sur les sociétés civiles ; il serait exorbitant et dangereux, de laisser aux associés la faculté de faire naître et mourir à volonté une personne morale dont rien ne révèle l'existence aux tiers. — Plusieurs articles, à la vérité, présentent les associés comme débiteurs *de la société* (1845 et 1852) : mais ils emploient ce mot figurément ; pour désigner une collection d'intérêts communs. Vainement argumenterait-on des art. 1848 et 1860 : ces dispositions s'expliquent parfaitement, sans qu'il soit nécessaire de personnifier les sociétés : on conçoit, en effet, que l'obligation contractée par les associés, de grouper leurs intérêts et de s'abstenir de tout acte isolé susceptible de nuire à l'intérêt commun, ne saurait se concilier avec la faculté qu'ils se réserveraient de disposer de leur part dans les biens sociaux ; de conférer ainsi à des tiers, la faculté de s'immiscer dans les affaires communes, et de provoquer le partage des objets indivis sur lesquels ils auraient acquis des droits (2).

(1) Exceptons Toullier, t. 12, n° 82 ; cet auteur n'admet de corps moral ni en droit civil ni en droit commercial.

(2) Zach. p. 66, t. 3. Frémery, Etudes du droit commercial, chap. 4, p. 30. Demante, t. 3,

Ce système était repoussé par la législation romaine (1) et par notre ancienne jurisprudence (2). Les travaux préparatoires et de nombreux textes du Code prouvent qu'aujourd'hui encore il faut considérer la société civile comme ayant une existence propre :

La cour de Rouen exprimait en ces termes le regret de ne pas trouver d'une manière assez saillante dans le projet, le principe que la société formerait un être moral : « Nous observerons au surplus, qu'on a omis un des premiers principes qui dérivent de la matière de société : ce principe est, que la société forme une personne fictive et morale séparée des associés (Fenet, t. 5 p. 544). » — L'art. 1845 déclare l'associé, *débiteur* envers la société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter. — L'art. 1846 renferme une conséquence de cette règle : on y retrouve l'expression *débiteur*. — L'art. 1849 oblige celui des associés qui a reçu sa part entière de la créance sociale, à rapporter à la masse ce qu'il a reçu ; ce qui est évidemment incompatible avec l'idée de copropriété dans la portion des biens communs. — L'art. 1848 est conçu dans le même esprit. — L'art. 1851 met à la charge de la société, les risques des apports faits par les associés en toute propriété ; d'où il résulte, qu'ils n'ont plus qu'une action mobilière contre la société, quand même la masse sociale comprendrait des immeubles. — L'art. 1852 suppose que la société peut se trouver débitrice de l'un des associés — L'art. 1867 porte, que la perte de la chose dont la propriété a été apportée à la société, n'est pas une cause de dissolution. — L'art. 1859 serait inintelligible, si les règles qu'il établit sur l'administration de la société n'avaient point pour base le droit d'un être moral qui plane sur ceux des associés considérés privativement. — Les art. 50 et 59 (Pr.) attribuent aux sociétés un domicile qui peut être distinct de celui des associés.

Admettre que les sociétés ont un droit de propriété, n'est-ce pas déclarer qu'elles constituent des personnes civiles ? Leur attribuer un domicile qui peut être distinct et séparé des associés, n'est-ce pas exprimer qu'elles ont une personnalité propre ?

Les considérations sur lesquelles s'appuie le système que nous combattons, ne sont que spécieuses : on prétend trouver dans les art. 69, 6° (Pr.) 30 et 45 (C. de comm.), 529 (C. civ.), la preuve que les sociétés de commerce doivent être classées dans une catégorie spéciale : l'art. 69, 6° (Pr.), il est vrai, garde le silence sur les sociétés civiles ; mais nous n'avons point à examiner si le jugement obtenu par l'un des associés ou contre lui emporte condamnation en fa-

p. 350. Boitard, 1er, p. 290. Boncenne, t. 2, p. 130. Delangle, t. 1, n. 20. Pigeau, P. 74. Chauveau sur Carré, n. 267 (bis).

(1) L. 22, ff. *Defidejussor*. L. 3, § 4, ff. *de bonor possessi*. L. 5 et 59. ff. *prosocio*. L. 31' § 1er, ff. *de surtis*.

(2) *Voy*. histoire du droit romain par Savigny, t. 4, p. 233.

veur ou contre ceux qui n'ont pas été parties au procès ; ce serait faire invasion dans la procédure.—Peut-être admettrions-nous la négative, malgré les autorités puissantes qui se prononcent dans un sens opposé, en exceptant toutefois le cas où la société aurait constitué un administrateur, investi du mandat de prendre devant les tribunaux l'intérêt des affaires sociales. — Assurément, l'art. 1859 confère à chaque associé le pouvoir de faire des actes d'administration, lorsqu'il n'existe pas de gérant : mais plaider ce n'est pas administrer ; un procès peut compromettre le fonds social. En principe, pour agir en justice au nom d'un tiers, il faut avoir un mandat spécial, lorsque ce pouvoir ne résulte pas du texte formel de la loi : or, trouve-t-on dans le titre du contrat de société une disposition qui permette de supposer que les parties ont voulu étendre jusqu'à ce point leurs attributions respectives ?—Au surplus, nous le répétons, telle n'est point la question qui doit nous occuper : il s'agit de savoir si la société civile constitue un être moral : eh bien! tout en refusant à chacun des associés le droit de plaider au nom de ses coassociés, on peut fort bien admettre l'affirmative : il n'y a rien là de contradictoire. — La cour de cassation a établi parfaitement cette théorie, dans son arrêt du 8 novembre 1836 (1), arrêt critiqué à tort par Troplong. Voici les considérants :

« Attendu que la société civile est comme la société de commerce, *un être moral* dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun de ses membres (art. 1845, 1850, 1852 C. civ.); un être moral qui peut charger un seul associé de l'administration de ses intérêts (1856), administrateur irrévocable pendant la durée de la société..... Mais qu'on ne peut en conclure qu'il est permis à cet être moral, d'agir en nom collectif : D'une part, en effet, dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales (1862 et 1863); d'autre part, l'art 61 (Pr.) porte, que l'exploit d'ajournement doit contenir les nom, prénoms, profession et domicile du demandeur, ainsi que les noms et demeure du défendeur.—L'art. 69 (Pr.) établit quelques exceptions ; mais il n'excepte point les sociétés civiles. »

Nous répondrons aux arguments tirés du Code de commerce, que les formalités prescrites pour donner de la publicité aux sociétés commerciales, ne leur confère pas un caractère particulier ; que ces sociétés restent soumises, en ce qui touche leur constitution, aux règles du droit commun.

Quant à l'art. 529 (C. civ.), il est purement énonciatif : nous ne voyons pas de raison, en effet, pour restreindre aux sociétés com-

(1) Cass. 8 novembre 1836. Dev., 1836. 1, 811. Pal., 1837, 2, 21, 13 mars 1823. *Voy.* en outre Cass. 24 juin 1829. Paris, 6 mars 1849. D. p. 49, 2. 180. Paris, 19 avril et 9 août 1831 Dev., 1831, 2, 202 et 250.

merciales l'application du principe qu'il établit. Le doute, au surplus, est levé par la loi du 21 avril 1810 : l'art. 32 de cette loi porte, que « l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce et n'est pas sujette à patente, » et l'art. 8, que les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines, sont réputées meubles, conformément à l'art. 529 (C. civ.).

Il est donc évident que la société civile, de même que la société commerciale, est une personne morale. La loi, il est vrai, ne consacre ce principe par aucun texte formel; mais une foule de dispositions que nous aurons à examiner le supposent établi. *Voyez* notamment les art. 1845, 1852 et 1864 (1).

Observons, que les associations appelées improprement, dans l'usage, *sociétés* en participation, n'ont jamais été considérées comme des personnes morales : le gérant est réputé propriétaire des choses qui en sont l'objet; il traite en son nom et se trouve par conséquent seul débiteur des tiers avec lesquels il a contracté (2). Le Code de commerce refuse même à ces associations le titre de *sociétés*.

Il ne faut pas confondre la *société* avec la *communauté :*

La communauté est un état passif; elle prend sa source dans des circonstances indépendantes de la volonté des parties (3) : Ainsi, des héritiers sont en communauté avant le partage; ainsi, le mélange fortuit de grains appartenant à plusieurs, produit un état de communauté (573) : de cet état, résulte pour chacun des intéressés le droit d'exiger, par l'action *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ*, suivant les cas, le partage des biens communs, le rapport des fruits que l'un d'eux a perçus, et la réparation du dommage qu'il a causé. — Sous ce point de vue, la société produit aussi un état de communauté: mais ce qui la caractérise, c'est qu'elle provient toujours d'un contrat; c'est que chaque partie s'engage, en considération de la personne des autres contractants, *intuitu personæ*, et fait un apport, en vue de courir la chance d'un gain ou d'une perte. — L'action *pro socio* est ouverte aux associés, en cas d'inexécution des engagements respectivement contractés.

Quelquefois, il est vrai, la communauté résulte du consentement exprès des parties : c'est ce qui arrive, par ex., lorsque plusieurs personnes se réunissent pour acquérir une chose quelconque, ou conviennent de rester dans l'indivision (815) : ce qui distingue alors

(1) Delv. t. 3, p. 8. Dur., t. 17 n. 334, 388, 445. Duvergier, n. 314 et suiv., 381 et suiv. t. 2, Proudhon Usuf. t. 4, n. 1064 et 1065. Favard, Rép. V°, société, chap. 2, sect. 4, § 1er, n. 4. Troplong, prescrip., t. 2, n. 884, notes sociétés, n. 58 et suiv. n. 692 et suiv. Pardessus, t. 4, n. 1089, 1207. Championnière, n. 2743.

(2) Troplong, n. 82. Duvergier, n. 407. Paris, 19 avril 1831. Dev. 1831, 2, 202. Cass. 2 juin 1834. Dev. 1834, 1, 603. *Voy.* cep. Malpeyre et Jourdain, soc. comm., n. 416. Persil fils, p. 238. Paris, 26 juin 1824, 9 août 1831. Dev. 1831, 259, 22 novembre 1834. Dev. 1835, 2, 69; mais ces arrêts ont été cassés.

(3) Troplong, n. 58 et suiv. Cass. 8 novembre 1836. Dev. 1836, 1, 811. 10 décembre

cet état de choses de la société, c'est que les communistes ne se proposent pas, comme les associés, de faire des bénéfices par la confusion de leurs intérêts, et qu'ils ne se donnent pas mandat réciproque d'agir l'un pour l'autre.

Comme on le voit, la communauté est le genre; la société est l'espèce: on peut être en communauté, sans être en société : par ex., après la dissolution de la société, les associés se trouvent en communauté jusqu'au moment du partage.

La société diffère donc essentiellement de la communauté quant à sa nature; elle produit aussi quelques effets différents : nous verrons que chaque associé reçoit de ses coassociés un mandat légal, à à l'effet d'administrer les affaires sociales; que tous ses efforts doivent se tourner vers l'utilité commune; que s'il est, pour son compte personnel, créancier d'un débiteur de la société, il doit tenir compte à la masse sociale, suivant certaines distinctions, du montant de la somme qu'il a reçue, encore qu'il ait spécialement donné quittance pour sa part; qu'il ne peut, au moyen d'une cession, mettre un tiers en son lieu et place, et lui conférer le droit de s'immiscer dans les affaires sociales; enfin, que sauf stipulation contraire, la société finit par la mort de l'un des associés. — Entre communistes il en est autrement : les créances passives et actives se divisent de droit; chacun agit dans les limites de son intérêt; les payements faits dans cette proportion sont, irrévocablement acquis à celui qui les a obtenus; les communistes peuvent librement substituer un tiers à leurs droits dans la chose indivise; enfin, si l'un d'eux meurt, son héritier prend sa place.

La loi protége la société, car l'alliance des capitaux tend au développement de l'industrie; mais elle voit avec défaveur l'état de communauté, car il engendre des haines et des procès (815) (1).

La société se rapproche du contrat d'échange, surtout, lorsque les apports des parties ont pour objet des choses de diverses natures.

1832 — La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

1814, 29 juin 1829. Paris 9 mai 1831. Dev. 1831, 2, 259. Grenoble 5 juin 1831, Dev. 1832, 2501.

(1) La mitoyenneté et la jouissance en commun de certaines choses également nécessaires à deux voisins, diffèrent de la communauté et de la société : ceux entre lesquels existent de pareils rapports, ne sont pas des communistes ordinaires : en effet, d'une part, ils ne se proposent pas de partager des choses communes; d'autre part, on ne peut assimiler la jouissance d'une chose laissée en commun, à la perception des bénéfices produits par les objets mis en société; car l'idée de bénéfice, corrélative à celle de perte, suppose une liquidation : ce qui ne peut avoir lieu dans l'espèce. (Troplong n. 30. *Voy.* en outre Championnière et Rigaud, enregistrem., t. 3, n. 2272.)

= Dans cette définition, les auteurs du Code ont gardé le silence sur la contribution aux pertes : quelle a été leur pensée ? Elle est exprimée dans les passages suivants des rapports faits sur la loi :

« On peut observer, a dit M. Boutteville, que les parties doivent aussi partager les pertes ; mais comme très-certainement elles ont principalement en vue d'obtenir et de partager des bénéfices, il serait difficile de ne pas trouver la définition exacte. »

M. Gillet, a exprimé ainsi la même pensée : « Jusqu'ici la définition avait été moins précise ; les écrivains en jurisprudence y avaient ajouté, parmi les objets de la société, la communication des pertes ; il a paru au Tribunat que le projet proposé était plus exact, lorsqu'il considérait cette communication comme une simple condition du contrat et non pas comme son but. »

Ces raisons ne sont pas satisfaisantes : une définition doit indiquer les conséquences qui peuvent résulter de la nature du contrat : Puisque l'on parlait du gain, il convenait de parler également des pertes.—La définition suivante, donnée par Domat (liv. 1er, tit. 8, sect. 1re, n° 1), était plus exacte : « La société est une convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle elles mettent en commun, entre elles, ou tous leurs biens ou une partie, ou quelque commerce, quelque ouvrage, ou quelque autre affaire, pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain, ou souffrir la perte de ce qu'ils auront mis en société (1). »

— La femme commune en biens peut-elle valablement contracter une société en nom collectif ou autre avec son mari ? — Non, évidemment ; ce serait porter atteinte au principe qui frappe de nullité toute modification apportée au contrat de mariage après la célébration, et à la règle qui déclare le mari chef de fa communauté : en effet, si l'on admet que la femme commune puisse devenir l'associée de son mari, il faudra nécessairement lui reconnaître un droit de contrôle et de surveillance sur la gestion, et lui permettre d'intenter, pendant le mariage, contre son mari, s'il est gérant, l'action *pro socio*; ce qui aura pour résultat de troubler la paix du ménage. — Au surplus, au point de vue moral, les époux ne forment qu'une seule et même personne. — La nullité d'une telle société est

(1) « La communication de la perte, dit Doneau, L. 13, ch. 15, n. 5 et 6, n'est pas de l'essence du contrat de société ; tandis que la condition de partager le gain, est substantielle : Nulle société ne saurait exister sans communication du gain : mais on peut convenir que l'un des associés sera affranchi de toute participation au dommage ; car il peut souvent arriver que le travail de l'un des associés soit tellement précieux, qu'il soit juste de lui faire cette condition : il n'est donc pas nécessaire de parler de la perte dans la définition de la société ; ce qui n'empêche pas que si les parties ne se sont pas expliquées sur les proportions dans lesquelles elle sera supportée, on ne la partage pas par moitié : mais cela se fait non pas principalement ; mais par une conséquence forcée de la règle qui veut que le gain se divise par moitié. Le dommage suit la règle du gain, c'est un sous entendu nécessaire ; et voilà tout. »

Pothier, n. 1, 19 et 25, enseigne la même doctrine : il se borne à dire que « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent à mettre quelque chose en commun, pour faire un profit honnête dont elles contractent l'engagement de se rendre compte »

Ces observations sont reproduites par Troplong, n. 18. Mais nous ne persistons pas moins à considérer cette définition comme incomplète ; car aucun principe ne doit être sous entendu dans une définition. Duvergier n. 13 et 14.

d'ordre public; elle ne peut dès lors être couverte ni par un compromis, ni par une transaction (1).

1833 — Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties.

Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie.

= Outre les conditions essentielles, communes à toutes les conventions, la société doit en réunir de particulières :

Il faut : 1° que chacune des parties apporte ou s'oblige à mettre quelque chose en commun. — Si l'une était appelée à prendre part aux bénéfices sans faire aucun apport, la convention aurait moins le caractère d'une société que celui d'une disposition à titre gratuit : en conséquence, elle ne produirait pas d'effet, si la personne appelée à en profiter était incapable de recevoir (2).

Si les apports ne sont pas d'égale valeur, chaque associé participe aux bénéfices et aux pertes en proportion de sa mise.

Les mots *biens* et *industrie* embrassent, dans leur généralité, non-seulement les choses corporelles et incorporelles, meubles ou immeubles (3); mais encore tous les actes de l'homme qui sont de nature à procurer des bénéfices ; même une simple espérance, pourvu, bien entendu, qu'elle se rattache à une chose déterminée; autrement on ne verrait là qu'une chimère.

Les contractants ne sont pas tenus de mettre dans la société des choses de même nature : l'un peut apporter de l'argent ; l'autre des biens en nature ou la jouissance de quelques biens ; un autre son industrie, son crédit commercial, industriel ; c'est-à-dire, la confiance qu'il a obtenue du public par son activité, sa sagesse, sa prévoyance, son habileté dans les affaires.

Ici se présente une question qui a vivement occupé les anciens auteurs, et qui, de nos jours, peut encore s'élever : lorsque l'apport de l'une des parties consiste en capitaux, ces capitaux sont-ils censés compris dans la société pour la propriété ou seulement pour la jouissance ? Cette question présente de l'intérêt, surtout quand l'apport de l'un des associés consiste en travail ou en industrie ; car,

(1) Dur, t. 17, n. 347, note. Delv. t. 3, p. 230 et 451. Massé, Dr. commerc., n. 317. Paris 14 avril 1856. D. p. 56, 2, 231.

(2) Cette convention, suivant Pothier, n. 8, constituant une donation de biens à venir, n'est valable qu'autant qu'elle est faite par contrat de mariage ; mais on répond avec raison, que l'acte renferme une donation d'un intérêt dans la société ; que cet intérêt peut être vendu ; qu'il est présent, et qu'il est susceptible, dès-lors, de faire l'objet d'une donation (Dur., n. 324 ; Delv., p. 119. n. 4 ; Pardessus, Dr. commerc., t. 4, p. 983. Zach, p. 56).

(3) Lorsque les apports ont pour objet des immeubles en toute propriété, ou l'usufruit des immeubles, ils doivent être transcrits au bureau des hypothèques Si l'associé a seulement promis la jouissance d'un immeuble, la transaction n'est essentielle qu'autant que la durée de la société doit dépasser 18 ans : il y a lieu d'appliquer les règles établies par l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855 sur les baux des biens immeubles.

dans le premier cas, ce dernier contribuera aux pertes et prendra une part virile dans la masse commune : dans le deuxième, il sera privé de bénéfices si la société n'a pas prospéré ; mais il ne supportera aucune part dans la perte : — En présence des termes formels de l'art. 1851, on admet généralement, qu'à défaut de stipulations particulières, l'associé industriel prend part au capital, et qu'il contribue proportionnellement aux pertes.

Nous reviendrons sur ce point dans nos explications sur l'art. 1851.

Le nom peut même constituer une mise sérieuse ; car il inspire la confiance, s'il est honorablement connu, et rend les opérations plus faciles et plus lucratives. — Toutefois, un nom isolé de tout acte de la personne, c'est-à-dire, sans concours ni surveillance, ni responsabilité ; même la protection que promettrait un homme puissant, ne serait pas un apport suffisant : la convention qui donnerait le droit de prendre part aux bénéfices, en raison d'une telle mise, serait nulle, comme contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs (1).

« Dans les replis d'une civilisation avancée, dit Troplong (n. 87), d'avides spéculateurs, inspirés par de mauvaises passions, se glissent avec adresse dans des spéculations industrielles, et obtiennent par la ruse ce qu'ils ne peuvent conquérir par la force : ici, ce sont des fonctionnaires qui, pour prix d'un service rendu par l'influence attachée à leur position, se font une part dans le capital social ; là, ce sont des chefs de service qui, en autorisant une création utile au bien public, reçoivent des actions dans la société qui s'est organisée pour la faire marcher ; ailleurs, enfin, de rusés intermédiaires, puissants par l'intrigue dans le monde des faveurs, qui apportent pour mise sociale leur crédit auprès d'un ministre, dont ils surprendront la signature et tromperont la bonne foi. Parlerai-je de ces hommes qui prêtent leur nom et leur réputation à des sociétés aventureuses, surprenant ainsi la confiance des tiers, qui croient s'appuyer sur leur collaboration, leur surveillance, leur habileté ? Ils ne rencontrent qu'une vaine apparence ! Et ces hardis spéculateurs qui créent des millions imaginaires à partager entre leurs dupes ; ces charlatans qui mettent en société, pour des sommes énormes, des objets qu'ils n'auraient pas vendu à aucun prix ? Tous ces fripons que nous avons vu exploiter les petits capitalistes, en leur offrant l'appât de gros dividendes dans un fonds social fabuleux, ne sont-ce pas aussi d'hypocrites plagiaires des *enfants de la nature* (2). »

Les tribunaux sont appréciateurs souverains des circonstances ;

(1) Exposé des motifs par Treilhard ; discours de M. Gillet. Duvergier n. 19 et 20.

(2) Société de pirates qui s'étaient organisés dans le golfe du Mexique près l'embouchure de Missisipi.

ils ne doivent pas perdre de vue, que le crédit commercial, industriel, appréciable en argent, dont on s'engage à user pour procurer une coopération active, peut seul constituer l'apport social.

2° La société doit avoir pour but (1) l'intérêt commun : il est contre la nature des choses, qu'une société se forme pour le seul intérêt de l'une des parties : Les Romains stigmatisaient une pareille association en la qualifiant de *société léonine, societas leonina,* par allusion à la fable du Lion. — Si tous les bénéfices étaient attribués à un seul associé, quand même il serait chargé de toutes les pertes, la convention ne constituerait qu'un mandat. — Néanmoins, la loi n'exige pas que tous les associés aient des droits semblables : l'un, peut être appelé purement et simplement au partage des profits; l'autre, après un certain temps; un autre enfin, sous condition : par ex., si l'actif s'élève à la somme de ..... — « Il n'est pas nécessaire, dit Pothier (n° 13), que chacune des parties ait, en quelque cas que ce soit, une part dans le profit de la société; il suffit qu'elle puisse espérer y avoir part. »

3° Elle doit avoir un objet *licite :* la société peut embrasser toutes les opérations qui ont pour but de procurer un gain; il suffit que ce but n'ait rien de contraire aux lois ni aux mœurs : l'association pour faire la contrebande, pour exercer l'usure, pour commettre un vol, etc., ne produirait aucune action contre celui qui refuserait de remplir ses engagements, de partager les profits qu'il aurait faits par ces moyens illicites, ou d'indemniser le gérant des condamnations qu'il aurait encourues : il ne doit pas y avoir communication du dol : *nulla doli communicatio est;* tel est le principe (2).

Troplong (n. 101 et 105) va plus loin : il refuse aux prétendus associés la faculté de retirer leurs apports, lors même qu'ils n'ont pas encore été employés : « On peut fort bien retenir, dit-il, ce qu'on ne pourrait demander honnêtement. » — Nous avons rejeté cette opinion (*voyez* art. 1133) : à quel titre le détenteur de ces capitaux les conserverait-il, puisque la société n'a pas d'existence légale? Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (1370 et suiv.) : l'ordre public et la morale s'y opposent (3).

Les bénéfices non encore répartis doivent être partagés, sans qu'il

(1) Ne confondons pas le but d'une société avec son objet : le but est de faire des bénéfices; l'objet c'est le genre de spéculation qui doit procurer ces bénéfices.

(2) Duvergier, n. 30, Troplong, n. 102. Paris 18 février 1837 et 15 juin 1838. Nancy, 26 mars 1834.— *Voy.* cep Toullier, t. 6. n. 127. Suivant cet auteur, la règle établie par l'art. 1833, souffre exception, lorsque la société n'est illicite que par l'effet de certaines lois arbitraires; par ex., lorsqu'il s'agit de faire la contrebande, d'exercer l'usure.—Nous n'admettons pas cette modification; car elle conduirait à établir différents degrés d'illégalité; ce qui jetterait nécessairement dans le vague.— Au surplus la loi ne distingue pas; l'art. 1131, pose en principe que l'obligation ne peut produire d'effet lorsqu'elle a une cause illicite; or, l'art. 1133 déclare illicite, la cause prohibée par la loi contraire aux mœurs ou aux lois.

(3) Duvergier, n. 26, 27, 31. Delangle, n. 101 et 102.

y ait lieu d'avoir égard aux bases établies par la convention. — Quant aux répartitions qui ont été faites, elles sont irrévocables (Duvergier, n. 32).

4° Elle doit avoir pour objet le partage des bénéfices faits en commun (1832).

Ainsi que nous l'avons dit, la répartition des profits doit être en rapport avec l'importance des mises ; telle est la règle :

Lorsque les mises consistent en argent ou en choses susceptibles d'être estimées par experts, ce calcul ne présente aucune difficulté ; mais comment évaluer avec précision une industrie, une clientèle ou un crédit ? Il faut bien admettre alors, qu'en fixant des parts inégales, les parties ont eu égard aux circonstances, et que l'inégalité n'est qu'apparente. (Duvergier, n. 259.)

Que devrait-on décider si l'un des associés admis au partage des bénéfices, pour une portion égale à celle des autres, avait néanmoins fait une mise sociale moins considérable ? Ceux des coassociés qui auraient eu connaissance de ce fait, ne pourraient élever aucune plainte ; car *volenti non fit injuria :* le contrat de société se trouverait alors mêlé de donation. — Assurément, cette circonstance pourrait, suivant les cas, donner lieu au rapport (843) ou à réduction (920) ; mais elle ne porterait aucune atteinte à la validité du contrat ; le caractère de société prédominerait : une vente ne laisse point de produire ses effets, bien que le prix soit inférieur à la valeur réelle de l'objet vendu (1674). Il suffit que l'acheteur ne soit pas au nombre des personnes réputées incapables de recevoir à titre gratuit.

Appliquez cette décision au cas où l'une des parties ne stipulerait, par ex., qu'un tiers ou un quart dans les bénéfices, bien que sa mise lui donnât le droit de prétendre à une part plus considérable : La société ne conserverait pas moins son caractère.

Régulièrement, chaque associé supporte dans la perte, une part égale à celle qu'il aurait dans le gain, si la société avait prospéré : mais les parties peuvent, par des stipulations particulières, modifier ce principe : de telles clauses sont même d'usage, lorsqu'un associé apporte seul dans la société son travail, son industrie ou quelque autre avantage, outre sa mise en argent ou en marchandise : dans ces divers cas, cet associé stipule ordinairement qu'il supportera une part moindre dans la perte, ou même qu'il n'en sera pas tenu personnellement par rapport à ses coassociés, si, balance faite lors de la dissolution, le total des pertes excède celui du gain. (Voyez nos observations sur l'article 1855) (1).

Du reste, ces clauses ne portent pas atteinte à la règle : ainsi que nous l'avons dit plus haut, le travail et l'industrie sont considérés comme une mise réelle, susceptible, d'après l'évaluation faite par

(1) L. 30, ff. *pro socio*. Pothier, n. 21.

les parties, de donner droit au partage des bénéfices éventuels; ce droit sera sans résultat si la société ne prospère pas : donc, il y a contribution aux pertes dans certaines limites.

Dans les sociétés commerciales, pour savoir s'il y a bénéfice ou perte, on fait une liquidation : cet acte présente les résultats généraux et définitifs, bons ou mauvais, des affaires que la société a entreprises depuis le jour où elle a été constituée, jusqu'au terme fixé pour sa durée. Les bénéfices consistent dans l'excédant que présente l'actif sur le fonds social primitif. — La perte consiste dans le déficit.

Par le même acte, on établit les bases de la repartition des bénéfices ou de la contribution aux pertes.

Lorsque la société est contractée pour plusieurs années, la liquidation ne s'opère qu'à l'expiration du terme fixé pour la durée du contrat: dans l'intervalle, on se borne à dresser des inventaires (*voyez* art. 9, C. de com.); mais ces procès-verbaux ont pour but unique d'éclairer les associés sur l'état des affaires sociales.

En général, les bénéfices sont laissés en commun jusqu'au moment de la dissolution, pour augmenter le capital actif.—Dans les sociétés en nom collectif, les associés se bornent à stipuler qu'ils prélèveront, à certaines époques, des sommes déterminées pour subvenir à leurs besoins : s'ils dépassent cette limite, un compte courant s'etablit entre eux et la société ; par conséquent, ils doivent l'intérêt des fonds qu'ils ont empruntés.

Quoi qu'il en soit, on stipule quelquefois que des dividendes seront payés chaque année, après inventaire.—Cette clause se trouve même dans presque tous les statuts des sociétés en commandite : mais dans les associés en nom collectif, elle entraîne des résultats iniques, lorsque le droit de l'un des associés dans les bénéfices n'est pas en proportion avec les pertes qu'il doit supporter; car les bonnes chances se trouvent alors d'un côté et les mauvaises de l'autre : — par ex.: deux personnes forment une société pour trois ans: il est stipulé que l'une aura les trois quarts des bénéfices et supportera la moitié des pertes ; tandis que l'autre n'aura que le quart des bénéfices et contribuera néanmoins aux pertes pour l'autre moitié : la première année produit vingt mille francs de bénéfices ; dans la deuxième année il y a vingt mille francs de pertes ; dans la troisième année les bénéfices s'élèvent à huit mille francs : le dernier associé aura, par conséquent, pour la première année, cinq mille francs de bénéfices ; il supportera la deuxième année dix mille francs de perte; la deuxième année, il recevra deux mille francs : balance faite sur toute la duree de la société, il aura perdu trois mille francs. — On arrive à des résultats bien différents, si la liquidation ne s'opère qu'à la fin de la société : loin d'être en perte, cet associé aura un boni de deux mille francs; puisque les bénéfices et les pertes se compenseront.

Revenons aux sociétés civiles, les seules qui doivent nous occuper.

Le mot *bénéfice*, employé dans l'art. 1832, répond à l'expression *lucrum ;* il signifie *profit, avantage.*—Les bénéfices doivent être *appréciables* en argent; ce qui ne veut pas dire qu'ils doivent nécessairement consister dans une somme à partager : ainsi, deux personnes conviennent de construire à frais communs une maison; d'acheter ensemble un mur, afin de l'abattre et de procurer à leurs habitations une vue dont elles sont privées; d'acheter un terrain pour des constructions qu'elles se proposent d'élever : ces différentes conventions sont des sociétés; car elles réunissent tous les caractères exigés par les art. 1832 et 1833 : *masse commune, intérêt appréciable en argent ; objet licite ; partage des bénéfices faits en commun.*

La société doit avoir pour but le partage des bénéfices faits en commun : c'est là une des conditions essentielles du contrat de société. — La clause qui réserverait propre à chaque associé ou à l'un d'eux les bénefices qu'il ferait séparément, vicierait donc ce contrat.

Observons, que le mot *partage* n'exprime pas seulement ici un acte matériel; mais encore toute participation aux avantages que doit procurer la masse commune.

Notons en outre, que les avantages moraux n'entrent pas en considération : — Par ex. : on ne peut voir de société proprement dite, dans l'association conjugale; car elle est fondée principalement sur l'estime et l'affection réciproques : les futurs époux ne se proposent pas de faire un lucre; mais de resserrer les liens indissolubles qui résultent pour eux du mariage.

Nous donnerons encore pour ex., les associations philanthropiques, puisque la bienfaisance est leur but unique, et celles qui ont pour objet de procurer un délassement moral, telles que les cercles littéraires ou les associations musicales: ce sont là de simples réunions d'individus; elles ne constituent point des corps moraux : ordinairement, un ou plusieurs administrateurs sont nommés; mais on les considère comme de simples mandataires.

Jugé en conséquence, que chacun des membres d'un cercle peut réclamer en son privé nom, l'accomplissement des obligations contractées envers ce cercle, et qu'il peut en obtenir l'exécution intégrale, quand il s'agit d'une obligation indivisible; comme, par ex., de l'engagement pris par une compagnie pour l'éclairage au gaz du local occupé par le cercle (1).

Quelques exemples nous serviront de guide, pour reconnaître les nuances souvent difficiles à saisir qui caractérisent la société.

En cas de doute, le juge doit-il admettre que les parties sont en société? Ce serait méconnaître l'esprit de la loi : la commu-

(1) Troplong, n. 32. Aix, 2 juillet 1844. Pal. 1845, 1, 57. Cass, 29 juin 1847. al. 1848 1, 55.

nauté, ainsi que nous l'avons dit, est le genre; la société est l'espèce : donc, à défaut d'une convention formelle, ou de faits constants et précis, il faut supposer l'état de communauté.

Deux personnes réunissent leurs capitaux pour acheter un immeuble : est-ce là une société? Il faut rechercher quelle a été l'intention des parties : s'il résulte clairement, soit des termes de la convention, soit des faits de la cause, qu'elles ont entendu se procurer un bénéfice en commun; par ex. : qu'elles ont acheté pour revendre et partager ensuite l'excédant du prix d'achat, il y a société : mais si ce fait n'est pas démontré, les contractants se trouveront, jusqu'au moment du partage, en état de communauté ; on présumera qu'elles n'ont eu d'autre but, en achetant ensemble l'immeuble, que celui de ne pas se nuire par une concurrence réciproque. — Ainsi, tout dépend des circonstances : le juge doit prononcer eu égard aux faits de la cause (1).

Quid, si deux voisins, désireux de resserrer *leurs rapports* ou d'écarter un voisin incommode, conviennent d'acheter ensemble un héritage qui les sépare et de le partager ensuite? Cette convention ne constituera pas une société, puisque l'avantage sera purement moral : les parties ne se proposeront pas de faire des bénéfices en commun; dès lors elles se trouveront seulement, jusqu'au partage, en état de communauté.

Vous avez trois chevaux et j'en ai un : nous convenons que je joindrai mon cheval aux vôtres; que vous vendrez le quadrige et que vous me donnerez le quart du prix de la vente : est-ce là une société? Non, car il n'y a point formation d'une masse commune : chacun de nous conserve sa propriété : notre but unique, en réunissant nos chevaux, est d'obtenir un prix que nous n'avons pas l'espoir de trouver en les vendant séparément.

La décision serait différente, si nous étions convenus de mettre nos chevaux en commun : on verrait dans cette convention une société; par conséquent, chacun de nous supporterait la perte en proportion de sa mise (2).

Deux laboureurs conviennent de se prêter alternativement leurs chevaux pour labourer leurs champs : ce n'est point là un contrat de société; car l'avantage que chaque partie retirera est distinct et séparé du bénéfice que l'autre pourra faire : or, nous le répétons, la participation à des bénéfices faits en commun est l'un des caractères de ce contrat (3).

Deux voisins achètent en commun un équipage pour en jouir cha-

(1) Troplong, n. 28. Duvergier, n. 40 et 52.

(2) Dur. t. 17, n. 330. Duvergier, n. 55. Delangle, n. 4. Troplong, n. 16. Cass. 4 juillet 825. 4 janvier 1842. Dev., 1842, 1, 231.

(3) Duvergier, n. 46 et 51. Delangle, n. 6. Troplong, n. 16.

cun à leur tour : est-ce là une société? Pothier (n. 133) se prononce pour l'affirmative. Mais la cour de cassation (1) a condamné ce système dans une espèce où il s'agissait d'une somme d'argent que les parties étaient convenues d'employer *alternativement* pour leur commerce particulier : elle a considéré avec raison, que la société ne pouvait exister sans qu'il y eût profit à partager entre les associés, et que, dans l'espèce, la bourse ne pouvant être employée que séparément par chacune des parties, cet état de choses ne constituait qu'une simple communauté.

Troplong (n. 13) considère, comme une société, la convention par laquelle plusieurs personnes se réunissent pour acheter un jardin, afin d'avoir la faculté de s'y promener : les parties, dit-il, ajoutent par cette acquisition aux jouissances que la fortune est destinée à procurer. — Cette opinion nous paraît trop absolue : en pareille matière, tout dépend des circonstances : sans doute, le droit de se promener dans un lieu agréable est un avantage moral; mais ce n'est point toujours là un bénéfice pécuniairement appréciable, condition essentielle pour qu'il y ait contrat de société. — « On ne saurait trop insister, dit Duvergier (n. 52), sur la nécessité de conserver au mot *bénéfices* son sens exact et rigoureux; c'est parce que l'on regarde *bénéfices* et *avantages* comme des expressions équivalentes, que l'on se méprend sur le caractère d'une foule de conventions : si toutes celles qui procurent quelques avantages aux contractants étaient des sociétés, cette qualification conviendrait à un nombre infini de contrats. »

Mais il en serait autrement, si les parties, en achetant cet immeuble, s'étaient proposé de le revendre avec bénéfice ou de l'exploiter : En ce cas, la convention aurait tous les caractères d'une société (2); c'est donc l'intention des parties qu'il faut rechercher, pour savoir si elles se trouvent en societé ou en communauté.

Souvent il est difficile de reconnaître si la convention constitue un mandat ou une société : tous les auteurs donnent les exemples suivants :

Je vous charge de vendre une pierre précieuse, et nous convenons que si vous la vendez cent francs, vous me rendrez cette somme, et que si vous en obtenez un plus grand prix, l'excédant sera pour vous : cette convention est elle une société ? non suivant Duvergier (n. 45 et 50) (3); car, d'une part, l'industrie de l'une des parties s'exerce sur une chose qui ne cesse pas d'appartenir à l'autre ; d'au-

(1) Cass. 4 juillet 1826, 4 janvier 1842. Pal. 1843, 2, 86. Pardessus, n. 969. Duvergier, n. 56. Delangle, n. 4. *Voy.* cep. Troplong, n. 13 et suiv. Cet auteur admet la doctrine de Pothier. Cependant, au n° 16, il approuve l'arrêt précité : il nous semble que l'analogie est complète entre l'un et l'autre cas.

(2) *Voy.* également en ce sens, Pardessus, n. 306, 702 et 969.

(3) Bordeaux, 11 avril 1845. Pal. 1845, 2, 203. Dev. 1846, 2, 315. D. p. 45, 4, 482. Cass. 22 novembre 1852. D. p. 52 et 323.

tre part, il n'y a point de bénéfices à partager; — mais Troplong (n. 39) répond avec raison, que l'industrie de celui qui s'est chargé de vendre est une mise sociale; que l'éventualité des bénéfices existe pour l'une et l'autre parties : pour le propriétaire vendeur, car on doit supposer qu'il a fixé le prix, de manière à trouver un avantage; pour la personne chargée de vendre, car il y a également pour elle éventualité de bénéfices.— Le contrat réunit donc tous les caractères de la société : *mises sociales; éventualités des profits; bénéfices faits en commun, partage de ces bénéfices* (1).

Deux propriétaires voisins conviennent d'acheter en commun un héritage contigu à leurs propriétés : l'un d'eux achète cet immeuble : sera-t-il censé avoir agi comme associé ou comme mandataire? Si les parties ont déterminé à l'avance la part que chacune d'elles prendra, il est de toute évidence que l'acheteur sera censé avoir agi *partim proprio nomine, partim procuratorio nomine.* — Dans le cas contraire, elles se trouveront, jusqu'au partage, en etat de communauté, état transitoire qui cessera, dès que l'une des parties manifestera la volonté de sortir d'indivision (2).

Mon voisin et moi sommes convenus d'acheter ensemble un héritage contigu à nos propriétés : je l'ai chargé de faire cette acquisition, en stipulant qu'il m'en cèdera une partie déterminée : peu de temps après, j'achète moi-même l'héritage : aura-t-il contre moi l'action *pro socio*, pour me contraindre à lui en céder une partie? « Cela dépend de l'intention que nous avons eue en faisant cette convention, répond Pothier (n. 11), d'après Julien (l. 52, ff. *pro socio*) : si notre intention était de faire cette acquisition pour en faire chacun notre profit, la convention est un contrat de société qui donne au voisin cette action; mais si notre intention était seulement qu'il fît cette acquisition pour me faire plaisir, la convention n'est qu'un mandat qui, n'ayant pas été par lui exécuté, ne lui donne aucune action. »

Dans certaines maisons de commerce, les commis reçoivent, au lieu d'appointements, une part dans les bénéfices : doivent-ils être considérés comme associés? On peut dire, d'une part, que l'industrie des commis forme leur mise, et que recevant une part dans les bénéfices, ils contribuent par cela même aux pertes (3).— Mais il faut observer, qu'à la différence des associés, qui tous sont placés sur le pied d'égalité, le commis se trouve dans une position secondaire; que n'étant point intervenu au contrat de société comme partie, il peut être renvoyé, sans que le contrat reçoive aucune atteinte : la participation aux bénéfices n'est donc point un des caractères infaillibles

(1) Telle était la solution de la loi romaine. L. 11, 7, *pro socio*. Pothier, n. 13. Delangle n. 6. Troplong, n. 34 et suiv.

(2) Duvergier, n. 47 et 52.

(3) Lyon, 27 août 1835.

de la société : la convention dont il s'agit, ne constitue, en réalité, qu'un louage de services dont le prix est subordonné à une éventualité. Au reste, en pareille matière on ne peut établir de règle absolue : tout dépend de l'intention des parties (1).

En cas de contestation, comment déterminer la part du commis dans les bénéfices? Le tribunal renverra les parties devant un expert : sur le rapport duquel il statuera (2).

Ce que nous disons sur le commis, s'applique à toute autre personne qui, pour prix de sa coopération ou de ses services, reçoit une part dans les bénéfices (3).

Les décisions qui précèdent, permettront de distinguer la société des contrats d'une autre nature : nous le répétons, dès le moment où l'on ne trouvera pas réunies les conditions suivantes : *capital social*, *apport réciproque*, *objet licite* et *partage des bénéfices faits en commun*, la convention ne constituera pas une société.

En certains cas, le louage se rapproche tellement de la société, qu'il se confond en quelque sorte avec ce contrat : *Voyez* notamment ce que nous avons dit à cet égard sur le bail partiaire et sur le cheptel à moitié : mais comme le principal objet de ces conventions est de faciliter les exploitations agricoles, on a dû en parler dans le titre du louage.

Les personnes qui forment entre elles une assurance mutuelle de leurs immeubles ou des fruits de ces immeubles, ne se constituent pas en société, puisqu'elles ne doivent pas réaliser de bénéfices; mais seulement s'indemniser mutuellement en cas de sinistre. — L'assurance mutuelle n'est en réalité qu'un contrat aléatoire (4).

« S'il est vrai, dit Pardessus (n. 970), qu'une ordonnance royale du 14 novembre 1821, qui prescrit l'exécution d'un avis du conseil d'État approuvé le 15 novembre 1809, astreigne ces établissements à la même approbation que celle qui sont exigées pour les sociétés anonymes, ce n'est point parce qu'elles sont des sociétés commerciales ; mais par une raison d'ordre public. »

Ne confondons pas les assurances mutuelles, sortes de contrats dans lesquelles chacun est en même temps assureur et assuré, avec les compagnies d'assurances à prime : celles-ci sont constituées en vue de procurer un bénéfice.

— Un office public peut-il être mis en société? Ainsi, un homme capable et habile n'a pas la somme nécessaire pour acheter une charge de notaire, d'avoué,

(1) Duvergier, n. 53. Troplong, n. 46. Pardessus, t. 4, n. 969. Delangle, n. 5. Rouen 6 avril 1811, 28 février 1818. Cass. 31 mai 1831. Dev. 1841, 1. 249. Paris 7 mai 1835. Dev. 1835, 2 235.

(2) Paris, 7 mars 1835. Cass. 31 mai 1831.

(3) Duvergier, n. 50. Troplong, n. 34 et suiv. Rennes, 28 avril 1828.

(4) Pardessus, t. 4. n. 970. Duvergier, n. 42. Delangle, t. 1er n. 3. Troplong, n, 14. Cass. 12 janvier 1842. Pal. 1842, 1, 116.

d'agent de change ou autre; il s'associe avec un capitaliste et convient de partager avec lui les bénéfices et les pertes: cette société est-elle licite? — Les auteurs qui se prononcent pour l'affirmative, se fondent principalement sur les raisons suivantes : Il ne s'agit point de communiquer aux bailleurs de fonds la qualité d'officiers publics; cette qualité reste attachée à la personne du fonctionnaire; seul, il est responsable aux yeux de l'autorité. — Le droit de présentation fait partie de la succession du titulaire et devient commun entre ses héritiers. — Pourquoi, ce qui peut être l'objet d'une communauté ne servirait-il pas de base au contrat de société? Chaque jour, ne voit-on pas des agents de change, recourir à des bailleurs de fonds pour payer leurs charges (1)? — Ces considérations ne sont que spécieuses; simplifions la question : il est d'abord certain, que la qualité d'officier public et le droit de présentation ne peuvent faire l'objet d'un apport social; mais la question est de savoir si la valeur vénale attachée au droit de présentation peut être mise en société; si le bailleur de fonds peut prendre part aux bénéfices en qualité d'associé, et exercer à ce titre le droit de contrôle et de surveillance? Nous trouvons la solution de cette difficulté dans la loi du 28 avril 1816, sainement interprétée : cette loi ne rétablit point la vénalité des offices, comme on l'entendait sous notre ancienne jurisprudence; elle n'a pas eu pour but de faire revivre un système proscrit dans la célèbre nuit du 4 août 1789; mais uniquement, d'accorder au titulaire le droit de présenter son successeur à l'agrément de l'autorité, et d'obtenir un prix pour cette désignation : il y a loin, de cette position à celle où se trouvait autrefois l'officier public : la charge n'est plus saisissable; le titulaire ne peut en être dépossédé que par le gouvernement: en lui accordant le droit de présentation, la loi de 1816 a établi une règle exceptionnelle; il faut, par conséquent, restreindre ses effets au cas prévu : or, la charge ne devient vénale, qu'au moment où elle est transmise; qu'au moment où la cession se réalise: la vénalité ne coïncide qu'avec la vacance; elle n'existe point, tant que le titulaire est en exercice.— Ces conséquences nous expliquent pourquoi une charge peut être en communauté, bien qu'elle ne puisse faire l'objet d'une société.

Des considérations d'intérêt public s'opposent d'ailleurs à ce que les charges puissent devenir l'objet d'une exploitation industrielle : les fonctions de notaire, d'agent de change, etc., s'exercent par délégation de la puissance publique. — Le titulaire qui aliènerait une partie de sa propriété, n'aurait plus l'indépendance qui convient à un fonctionnaire: pour que son action répondît au vœu de la loi, il importe qu'il puisse agir librement, sans entraves : or, le but ne serait pas atteint, si des tiers avaient, comme associés commanditaires, un droit d'investigation et de contrôle sur la gestion.— D'ailleurs, il y a impossibilité d'appliquer, en pareil cas, les règles de la société : en effet, les bailleurs de fonds ne pourraient, comme des associés ordinaires, en matière de commandite, obliger le gérant à se conformer à la loi du contrat et provoquer la dissolution de la société, si la gestion était contraire à la convention ou nuisible à l'intérêt commun; car, ce serait empiéter sur les droits de l'autorité : un fonctionnaire ne doit compte de ses actes qu'à ses chefs directs, dans la hiérarchie administrative : eux seuls peuvent lui imprimer une direction et user de moyens répressifs s'il s'en écarte.

Mais alors, quelle est la position des bailleurs de fonds? Distinguons : S'ils ont prétendu être associés, on les admet comme des prêteurs ordinaires, par contribution, sur les biens du débiteur commun, pour le montant des sommes qu'ils ont versées; sans qu'il y ait lieu de leur accorder aucune part dans les bénéfices que la charge a produits, puisqu'il n'y a pas de société légalement constituée. — On

(1) Bioche, Dict. de Pr., v° office. n.16. Molinier, Bourse de commerce, n. 284. Dard, traité des offices, p. 62. Fremery, journal le *Droit*, n. des 2 et 7 février 1838. Chauveau, journal des avoués année 1836, p. 90.

déduit même de la somme à laquelle ils pourraient prétendre, le montant des dividendes qu'ils ont reçus avant la liquidation (1). — Mais si les bailleurs de fonds se sont renfermés dans les limites du possible; c'est-à-dire, s'ils n'ont pas prétendu devenir associés du titulaire; s'ils ont seulement stipulé une part dans les bénéfices qu'il pourra faire, la convention doit produire ses effets.

Par suite, on doit déclarer valable, la convention par laquelle, en disposant de son office, un officier ministériel se réserverait une part dans les produits de la charge : ce n'est là, en effet, qu'un mode de payement; le cédant ne devient pas sociétaire; mais simple créancier (2).

La jurisprudence a consacré cette théorie : voici notamment les principaux considérants d'un arrêt de la cour de Paris : « Attendu, que l'agent de change est un officier public, institué pour certifier la réalité et assurer la sincérité de certaines transactions entre les citoyens; que son titre ne lui est confié qu'à des conditions de moralité attachées à sa personne; que les fonctions d'agent de change doivent être remplies par le titulaire seul; que le droit de les exercer étant essentiellement personnel, ne peut constituer une sorte de propriété que pour celui qui les exerce;... qu'ainsi, la nature de cet office résiste à ce qu'il devienne l'objet d'une société, puisqu'on ne concevrait pas de société là où la chose sociale n'est susceptible ni de copropriété, ni d'exploitation par plusieurs, et où les opérations de la société ne doivent être connues que du gérant; que si, pour obtenir de celui à qui il prétend succéder, sa présentation à la nomination du Roi et pour fournir un cautionnement, l'agent de change peut recourir à des bailleurs de fonds et engager une partie quelconque du produit de son office, les conventions relatives à ces emprunt et obligation, quels qu'ils soient, ne sauraient avoir le caractère de société. » — Il résulte de cet arrêt : 1° que les offices ne peuvent faire l'objet d'un apport social; 2° qu'un officier public peut accorder à des bailleurs de fonds une partie des produits de sa charge; 3° qu'il ne peut leur conférer ni le titre ni les droits d'associé (3).

Par application du même principe, la cour de Paris a jugé, qu'il n'y avait pas lieu à renvoi devant arbitres, afin de statuer sur les contestations qui s'élèvent, quand même l'acte social contiendrait une clause formelle à cet égard.

En outre, elle a déclaré nulle la clause de l'acte social, portant qu'en cas de dissolution, la liquidation appartiendrait à l'un des associés (4).

Un officier public convient avec un ou plusieurs de ses collaborateurs de leur donner, au lieu d'un traitement fixe, une quotité des produits de leurs charges:

(1) La cour de Paris a décidé par plusieurs arrêts (entr'autres par ceux du 4 avril 1840. D. p. 41, 2, 228, 15 janvier 1838. 4 février 1854. D. p. 54, 2, 149) en se fondant sur ce que la convention était contraire à l'ordre public, qu'il n'y avait pas lieu à répétition des sommes versées en vertu de cette convention : mais nous ne pouvons admettre ces conséquences rigoureuses; elles sont contraires à la théorie que nous avons admise dans plusieurs occasions, notamment dans notre commentaire sur l'art 1133. *Voy.* dans notre sens, Cass., 31 décembre 1844. D., p. 45, 1, 75. Lyon, 9 décembre 1850. D., p. 51, 2, 9. Par son arrêt du 1er mars 1850. D., p. 50, 2, 153.—La cour de Paris a même admis la répétition des bénéfices reçus par le non titulaire à partir de la convention.

(2) Troplong n. 96 et 97. Duvergier, n. 59. Toulouse, 14 novembre 1835. Dév. 1836, 2, 155.

(3) Rolland, jurisp. de 1838. Duvergier, n. 59 et suiv. Delangle, n. 108. Troplong, n. 88 et suiv. Paris, 2 janvier 1838. Dev, 1838, 2, 83, dissertation. Pal. 1838, 1, 152. Rennes, 29 décembre 1839. Dev. 1840, 28 août 1841. Dev. 1841. 2, 494 et 495. Toulouse 14 novembre 1835. Dev. 1836, 2, 155. Riom, 22 juillet 1842. Dev. 42, 1, 476. Montpellier, 22 août 1833. Dev. 34, 2, 313, 13 janvier 1835. Dev., 35, 1, 17. Nantes, 9 mai 1839. Dev. 1839, 2, 434. Pal., 1840, 1. 340. Rennes, 29 décembre 1839. Pal. 1840, 1, 340. Dev., 40, 2, 81. Nîmes, 20 août 1840. Paris, 17 juillet 1843. Pal. 1844, 1, 479. Rennes, 24 août 1841. Dev., 1842, 1, 68. Pal., 42, 1, 209. Paris, 10 février 1844. Dev., 44, 2, 405. Pal., 44, 1. 308. Rennes, 9 avril 1851. D. p. 53, 2, 208. Bordeaux, 8 juin 1853. D., p. 53, 2; 209.

(4) Paris, 1 juillet 1843. Pal., 1844, 1, 479. 2 janvier 1838. Pal.. 1838, 1. 152.

cette convention forme-t-elle une société? ~~ Nous avons établi qu'il n'y a pas de société possible pour l'exploitation d'un office. — D'ailleurs, un collaborateur, dans l'état de dépendance où nous le supposons placé, est un subalterne; on ne peut voir en lui un associé : ce commis se trouvera dans la position des bailleurs de fonds qui ont stipulé une part dans les bénéfices (Duvergier, n. 60 ; Troplong, n. 97).

Je confie à un pâtre la garde de mon troupeau pour un certain nombre d'années, en lui accordant la moitié de la laine et du croît : c'est là une véritable société : mais si je ne lui attribue que vingt livres de laine, par ex., doit-on voir dans ce contrat une société? ~~ Non évidemment : ce sera là un louage de services, puisque le pâtre ne court pas de chances: on ne présume pas facilement, qu'il aît prétendu faire un contrat en quelque sorte aléatoire (Dur., n. 329).

Forme et preuve du contrat de société.

1834 — Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs.

La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs.

= Au premier abord, les termes de notre article pourraient porter à penser, que le nouveau législateur, s'écartant des règles de la loi romaine, qui déclaraient consensuel le contrat de société (1), a entendu soumettre l'efficacité de ce contrat aux formes solennelles d'un écrit, lorsque son objet est d'une valeur de plus de 150 fr. : Il paraîtrait extraordinaire, en effet, qu'il eût reproduit littéralement la disposition de l'art. 1341, si son but unique était de prononcer le maintien des règles du droit commun : mais recourons aux travaux préparatoires : il résulte de la discussion et des divers rapports faits sur la loi, que l'art. 1834 abroge l'usage des communautés universelles tacites, connues sous le nom de *sociétés taisibles*, qui, dans plusieurs coutumes, se formaient de plein droit entre certaines personnes, par suite de la vie à *pot commun*, pendant l'an et jour (2).

« Les associations connues de nos aïeux sous le nom de sociétés taisibles, disait M. Bouttevillе au tribunat, et qui se formaient par le seul fait de la cohabitation, ne convenant plus depuis longtemps à nos mœurs, le projet a eu soin de rappeler le principe général, qui veut que toute convention ayant pour objet une valeur au-dessus de 150 fr. soit rédigée par écrit. »

(1) Instit., L. 3, t. 22.

(2) Peut-être aussi a-t-on voulu marquer une différence, entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales; car celles-ci aux termes des articles 39 et 48 du code de commerce doivent toujours être constatées par écrit.

M. Gillet a exprimé ainsi la même pensée devant le Corps législatif : « C'est avec non moins de raison, qu'on a exigé que toute société fût constatée par écrit lorsque sa valeur excède 150 fr. Sans cette mesure, les intérêts et les obligations de chaque associé eussent été livrés à des témoignages trop incertains ou à des conjectures trop arbitraires. Toutefois, cette disposition fait cesser une institution dont l'observateur aime à contempler quelquefois les derniers vestiges : celle des communautés tacites, qui avaient lieu dans plusieurs coutumes. » — « Des familles unies depuis plusieurs siècles sous le titre de *copersonniers*, avaient honoré cette institution, qui portait dans les mœurs quelque image de l'antiquité patriarcale; mais la maturité de notre civilisation ne permet plus de conserver l'image de ces usages que comme d'intéressants souvenirs. »

Il résulte de ces extraits, que les auteurs du Code ont voulu, par la disposition qui nous occupe, effacer de nos lois modernes la trace d'anciens usages qui, depuis longtemps, avaient disparu de nos mœurs.

Puisque les sociétés n'ont pas cessé d'être considérées comme consensuelles, il faut nécessairement admettre qu'elles sont soumises, pour la preuve, aux dispositions générales qui régissent les contrats ordinaires ; en d'autres termes, que leur existence peut être établie par témoins, savoir : jusqu'à 150 fr. sans commencement de preuve par écrit, et au-dessus de cette somme avec un commencement de preuve ; que la preuve testimoniale doit être admise même sans commencement de preuve dans les cas exceptionnels prévus par les art. 1347 et 1348; enfin, que les parties ont pour dernières ressources, l'interrogatoire sur faits et articles et le serment (1356, 1357 et suiv., Pothier, n. 81) (1).

Toutefois, saisissons bien l'esprit de la loi : *Entre associés*, il est constant que le contrat doit produire son effet, quoique leurs rapports ne résultent point d'un écrit : mais la prudence leur commande d'employer ce moyen de preuve ; car les contrats se composent de stipulations diverses, susceptibles d'être contestées ; en sorte que, dans le doute, le juge pourra se trouver forcé d'appliquer rigoureusement les règles générales fondées sur le principe d'égalité.

Si la preuve du contrat de société n'est pas établie, les parties se seront trouvées, pour le temps écoulé, en état de simple communauté (2).

La position des tiers est différente : on ne peut établir contre eux l'existence de la société, non-seulement pour l'avenir, mais encore

(1) Dur., n. 336. Delv., p. 119, n. 2. Duvergier, n. 67, 75 et suiv. Troplong, n. 200, 203 et suiv. Malpeyre et Jourdain, Traité des sociétés, p. 273. Pardessus. n. 1009.

(2) Troplong, n. 227. Duvergier, n. 78. Paris, 27 janvier 1825. Toulouse, 22 avril 1837. Rennes 22 juin 1837. Dev., 1837, 2, 441. Cass. 2 juillet 1817. 30 janvier 1839. Dev., 1839, 1, 892.

pour le passé (arg. de l'art. 42, C. de comm.), que par la production d'un acte écrit ayant date certaine, et cependant, ils sont admis à prouver contre les associés, par tous moyens de droit, c'est-à-dire, non-seulement par des écrits et par des faits non contestés, mais encore par témoins, que la société a été régulièrement constituée.

« La société une fois prouvée, disait M. Treilhard, ne fût-elle pas constatée par un acte, les obligations contractées en son nom au *profit des tiers*, n'en doivent pas moins avoir leur effet. Vainement les associés opposeraient-ils aux tiers le défaut d'un acte constitutif : On ne saurait imputer aux tiers ce qui n'a eu lieu que par le fait des associés (1).

Toutefois, les tiers ne sont admis à établir cette preuve, qu'autant qu'ils ont entendu, en contractant, avoir les associés pour obligés : il faut dès lors qu'ils aient eu juste sujet de penser que la personne avec laquelle ils ont traité agissait comme membre d'une société : Si cette personne avait promis en son nom personnel, ils ne pourraient prouver par témoins qu'elle est intéressée dans une société secrètement formée, et qu'elle a contracté pour le compte de cette société. — Les auteurs sont unanimes sur ces divers points (2).

L'acte de société, lorsque les parties jugent convenable d'en dresser un, peut être passé soit devant notaires, soit sous seing privé : dans ce dernier cas, il faut naturellement faire autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, conformément aux principes généraux (1325) : mais nous le répétons, l'existence de la société est indépendante de ces formes ; elle peut être prouvée par tout écrit attestant que les parties sont en société ; même par la correspondance (3). — Il n'est donc pas nécessaire de représenter l'acte de société : bien plus, on admet que la qualité d'associé, prise par écrit, soit dans les rapports entre associés, soit vis-à-vis des tiers, est une reconnaissance qui dispense de représenter le titre primordial. — A la vérité, si ce titre n'est pas représenté, on ne pourra connaître les clauses accessoires ; mais alors, on présumera que les parties ont entendu se soumettre purement et simplement aux règles tracées par la loi (4).

Nous parlons uniquement des sociétés civiles : les sociétés en nom collectif, anonymes ou en commandite ne peuvent être prouvées que par écrit ; la loi prescrit même certains modes de publicité (39 à 46, C. de comm.). — Quant aux associations en participation,

(1) Troplong, n. 228. Duvergier, n. 76. Merlin, quest. de droit, v°. Société, § 1er. Cass. 11 avril 1806. 28 juillet 1808, 2 décembre 1825. Paris, 27 janvier 1825. Bruxelles, 28 février 1810. Turin 18 avril 1811. Cass., 4 nivôse et 22 messidor an IX, 28 germinal an XII, 13 vendémiaire an X, 25 floréal an XIII.

(2) Troplong, n. 210. Duvergier, n. 77. Cass. 23 novembre 1812.

(3) Troplong, n. 203. Merlin quest., v°, Société, § 1er, p. 536. Bruxelles, 28 février 1810. Turin. 10 avril 1811. Paris. 17 avril 1807.

(4) Troplong, n. 205 et 206.

elles peuvent être prouvées par tous moyens de droit, comme les sociétés civiles (48, 49 et 50, C. de comm.).

Il peut arriver que la société étant reconnue, la difficulté porte uniquement sur l'exécution : nul doute que ce fait peut être établi par écrit par l'aveu de la partie et même par témoins sans commencement de preuve par écrit (1).

Nous en dirons autant sur la preuve de la dissolution résultant d'incidents qui ne sont point susceptibles d'être constatés par écrit, tels que la cessation de l'affaire, l'épuisement du capital social, la déconfiture de l'un des associés, etc. (2).

Le premier alinéa de notre article a fait naître une question diversement résolue : Que doit-on entendre par *objet* de la société? Quelles sont les choses dont la valeur doit être prise en considération? Cette question est importante au point de vue de la preuve.

1re *opinion :* Il faut prendre pour régulateur de l'admissibilité de la preuve testimoniale, le montant de ce que prétend le demandeur dans la masse et dans les bénéfices; car l'objet de la société, pour lui, c'est ce qu'il y prend. — Si ses prétentions ne s'élèvent pas au-dessus de 150 fr., on doit donc l'admettre à faire entendre des témoins, bien qu'il n'ait pas de commencement de preuve par écrit : au-delà de cette somme, un commencement de preuve par écrit est nécessaire. — Supposons que quatre associés aient apporté chacun 50 fr. à la masse commune, sans rédiger d'écrit : ne serait-il pas bizarre de refuser à celui qui demanderait l'exécution du contrat, la faculté d'établir par témoins la preuve de l'existence de ce contrat, sous prétexte que l'ensemble des mises dépasse 150 fr.? Évidemment, on méconnaîtrait ainsi l'esprit de la loi sur la preuve testimoniale : pour s'en convaincre, il suffit de jeter les yeux sur l'art. 1342, lequel porte que ce genre de preuves n'est pas admissible lorsque l'action contient, outre la *demande du capital* ne s'élevant pas à 150 fr., une *demande d'intérêts* qui, réunis au capital, excède cette somme (3).

2e *opinion :* « Si l'on prétend que la société est dissoute et que la demande soit en partage de la mise et des profits, ce sera le montant de la demande qu'il faudra considérer, pour savoir s'il y a lieu à admettre la preuve testimoniale ; mais si le partage des profits seulement est demandé, et que la demande suppose une mise dont

(1) Troplong, n. 208.

(2) Troplong, n. 209.

(3) Dur. n. 342 et suiv. Suivant cet auteur il n'y a pas lieu d'argumenter contre son opinion, de l'arrêt de Turin du 24 mars 1807 ; car, dans l'espèce jugée, il ne s'agissait pas de l'existence du contrat, puisqu'il avait été avoué dans l'instance ; mais de savoir si celui des associés qui avait envoyé sa mise, avant la réalisation des bénéfices, mais depuis l'époque où l'autre avait fait emploi de ses propres fonds, pouvait prendre part à tous les bénéfices produits par l'opération.

le montant, joint à la part demandée dans les profits, excède 150 fr., la preuve testimoniale doit être refusée » (1).

3e *opinion :* Celle que nous admettons : l'objet de la société est le montant réuni des apports : l'art. 1834 ne parle pas de l'objet de la demande; mais de l'objet du contrat de société: or, l'objet de la société, consiste dans l'importance du fonds social, considéré à l'époque où la société s'est constituée, abstraction faite des événements ultérieurs, qui ont pu l'augmenter ou le réduire.

Ainsi, à défaut de commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale d'une société constituée verbalement, doit être rejetée ou admise, suivant que le total des mises sociales dépasse ou ne dépasse pas 150 fr. (2). On n'a égard ni aux bénéfices réalisés, ni à la plus-value que les apports sociaux ont acquise depuis la constitution de la société; car le succès repose sur des éventualités : or, les associés ont entendu faire un acte sérieux et acquérir immédiatement l'un contre l'autre, des moyens de contrainte : ne serait-il pas bizarre de faire dépendre leur action du résultat incertain de leur entreprise? De les admettre à la preuve testimoniale, si les pertes sont telles que le capital qui, dans l'origine, excédait 150 fr., s'est trouvé réduit à cette somme par des événements inattendus, et de les déclarer au contraire non-recevables, en cas d'accroissement du capital par des bénéfices, bien que ce capital étant originairement au-dessus de 150 fr., elles aient pu, sans méconnaître le vœu du législateur, se dispenser de dresser un acte; de faire dépendre le genre de preuve, non de son objet, mais d'événements imprévus; de livrer les droits des parties à des variations continuelles, en admettant ou rejetant la preuve, suivant que les affaires sociales sont plus ou moins prospères au moment où s'introduit la demande. — Évidemment, le législateur n'a pas voulu consacrer une semblable théorie.

Dans le premier système, on argumente de l'art. 1342, lequel porte que la prohibition s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis à ce capital, excèdent la somme de 150 fr. : les positions sont bien différentes : le créancier sait qu'à partir de telle époque, la somme exi-

(1) Delv., p. 119, n. 2.

(2) Toullier, t. 9, n. 42. Duvergier, n. 72 et suiv. Turin 24 mai 1807.

Duranton prétend que cet arrêt ne tranche pas la question ; c'est une erreur : il est précis. Voici l'un de ses considérants : « Attendu, que la disposition de l'art. 1834 du code civil est totalement inapplicable à l'espèce, puisque l'objet de la société dont il s'agit est d'une valeur de beaucoup moindre de 150 fr. et d'ailleurs, il n'est pas douteux, que pour déterminer l'objet de la société, il faut uniquement regarder le mon tant de la somme et la valeur de la chose que les parties ont mise en commun, le bénéfice qui peut en résulter n'étant qu'un objet futur, incertain, accessoire et dépendant du contrat principal de société; d'où il s'en suit, que la preuve testimoniale étant admissible, l'allégation d'un aveu extra judiciaire purement verbal ne saurait, d'après l'art. 1355 devenir inutile.»—Il résulte clairement de ce motif que l'admission de la preuve testimoniale ne dépend pas de la somme qui est l'objet de la demande.

gible dépassera 150 fr.; c'est à lui à ne pas laisser accumuler les intérêts : mais comment déterminer les bénéfices éventuels d'une société ? — D'ailleurs, si les associés pouvaient être déchus de la preuve, l'art. 1834 ne rendrait point la pensée du législateur : au lieu de déclarer que les sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet a une valeur de plus de 150 fr., il eût fallu proclamer la nécessité d'un écrit d'une manière absolue, car dans toutes sociétés, on rencontre l'éventualité d'un accroissement du fonds social au moyen des bénéfices. — Pour soutenir que chaque partie peut établir ses droits au moyen de témoignages, lorsqu'ils ne s'élèvent pas au-delà de 150 fr., Duranton raisonne comme si la société se composait d'une réunion de contrats séparés et distincts : il ne remarque point, que le fonds social forme une chose commune, indivisible ; que toutes les parties se trouvent liées par un seul et même contrat. — S'il était vrai que l'objet de la société fût, pour chaque associé, sa mise personnelle, l'égalité se trouverait rompue : car les associés dont la mise excèderait 150 fr., ne pourraient établir leurs droits par la preuve testimoniale ; tandis que ceux qui auraient un intérêt moindre, jouiraient de cet avantage : en sorte que les plus intéressés dans la société, se trouveraient à la merci de celui qui aurait l'intérêt le plus faible. — Un tel résultat blesse la raison : il suffirait pour faire rejeter le système, s'il n'était condamné par le texte formel de l'art. 1834.

Au résumé, pour savoir si les parties doivent ou non dresser un écrit, il faut s'attacher à la valeur de l'objet qui forme la matière du contrat ; en d'autres termes, au montant total des mises, considéré à l'époque où le contrat s'est formé (1).

Nous n'avons point à examiner spécialement l'opinion de Delvincourt ; elle nous semble réfutée par les observations qui précèdent.

Bien que les associés ne soient pas fondés à réclamer le partage des bénéfices faits par l'un d'eux, lorsque la preuve de la société n'est point établie, ils peuvent, sans aucun doute, exiger la restitution de leurs mises ; car celui qui revendique, se fonde uniquement sur le fait de la remise, sans invoquer la convention. Le partage des choses communes s'effectue alors d'après les règles de l'équité ; on agit comme si une communauté de fait avait eu lieu.

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

1835 — Les sociétés sont universelles ou particulières.

= « Les sociétés, disait M. Treilhard au Corps législatif, peuvent être universelles ou particulières : — Elles sont *universelles*, quand

(1) Duvergier, n. 72. Toullier, t. 9, n. 42. Zach, p. 18, Troplong, n. 202 et suiv.

elles oomprennent tous les biens des associés ou tous les gains qu'ils peuvent faire; — elles sont *particulières*, quand elles n'ont pour objet que des choses déterminées. C'est la volonté, et la volonté seule des parties, qui règle ce qui doit entrer dans la société, et qui la range, par conséquent, dans l'une ou l'autre de ces classes. »

Le chapitre 2 est divisé en deux sections : l'une est relative aux sociétés universelles; l'autre aux sociétés particulières : mais ne concluons pas de là, que le législateur ait entendu soumettre chaque espèce de société à des règles spéciales : son but unique, a été d'indiquer les biens qui composent leur actif; les charges dont elles sont tenues et les personnes qui peuvent se lier ainsi. — Les dispositions comprises dans les chapitres suivants, s'appliquent en général aux différents genres de sociétés.

Au surplus, l'usage des sociétés universelles, très-rare aujourd'hui, tend de plus en plus à s'effacer de nos mœurs.

SECTION I.

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

Les Romains distinguaient deux espèces de sociétés universelles : la société *universorum bonorum* et la société *universorum quœ ex quœstu veniunt*.

La première comprenait, *en propriété*, tous les biens que les associés possédaient au temps du contrat et tous leurs biens à venir, meubles et immeubles, à moins que le disposant n'eût manifesté une volonté contraire.

La deuxième se bornait aux gains qu'ils pourraient faire par leur industrie, à quelque titre que ce fût.

Notre ancienne jurisprudence coutumière admettait ces sortes de sociétés; toutefois, elle avait étendu la société universelle de gains, en y comprenant non-seulement les meubles que les associés possédaient au jour du contrat; mais encore les meubles à venir qui leur étaient échus à titre gratuit.

Le Code rejette les sociétés *universorum bonorum*, parce qu'elles facilitaient les fraudes que l'un des associés voulait commettre, par ex., au moyen d'allégations d'espérances souvent mensongères ou illusoires; parce que les chances d'acquisition par succession, donation ou legs ne pouvant être exactement appréciées au moment du contrat, on avait à craindre que des inégalités dans la position des fortunes n'eussent pour résultat de produire des sociétés *léonines*. — Enfin (et cette raison est la principale) parce qu'elles auraient permis de déguiser des donations de biens à venir, sortes de dispositions que le nouveau législateur a entendu proscrire (943) en

principe, et qu'il n'a maintenues qu'en faveur du mariage (1082 et 1093).

Nos lois modernes ne reconnaissent que trois espèces de sociétés universelles :

1° La société de *tous biens présents :* Cette société embrasse, en propriété, les biens meubles et immeubles qui appartiennent actuellement aux parties, ainsi que les profits que ces biens procureront.— La loi permet en outre d'y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens à échoir par succession, donation ou legs, ne peuvent y entrer que pour la jouissance.

2° Les sociétés universelles de gains : elles sont restreintes aux meubles que les associés ont acquis par leur industrie.

Le Code a maintenu les principes du droit coutumier sur la société *universelle de gains* (1).

Du reste, les sociétés universelles, soit de tous biens présents, soit de gains, peuvent intervenir entre personnes d'une fortune ou d'une industrie inégales : ces sociétés participent alors de la donation ; c'est même parce qu'elles permettraient de déguiser des dispositions à titre gratuit, que le Code les interdit entre personnes respectivement incapables de recevoir l'une de l'autre.

3° Enfin, la société de tous biens présents, jointe à la société universelle de gains. — Cette société comprend activement et passivement tout ce que comprennent les deux autres : les mêmes difficultés peuvent se présenter; les mêmes solutions doivent être admises.

Toute société qui ne peut se ranger dans l'une de ces catégories est *particulière*.

1836 — On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présents, et la société universelle de gains.

= Nous verrons (art. 1837), que les parties peuvent joindre à la société de tous biens présents (laquelle comprend les meubles et les immeubles que les parties possèdent actuellement, ainsi que les profits qu'elles pourront en tirer) toute autre espèce de gains, et créer ainsi une troisième sorte de sociétés universelles.

Société de tous biens présents.

1837 — La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens

(1) On connaissait, dans l'ancien droit, certaines sociétés qui se formaient tacitement, et qu'on appelait, pour cette raison, sociétés *taisibles*. Ce consentement tacite résultait de la cohabitation pendant l'an et jour : le Code les rejette ; pour que les sociétés universelles puissent se former, il faut aujourd'hui une stipulation expresse.

meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer (1).

Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens qui pourraient leur advenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard.

= L'*actif* de la société de tous biens présents, comprend de plein droit :

1° Les biens meubles et immeubles que les associés possèdent comme propriétaires au moment du contrat;

2° Le profit que les contractants retirent de ces biens par leur travail ou leur industrie ;

3° Enfin, les biens qu'ils acquièrent pendant la durée de la société, en vertu d'un titre antérieur à l'époque où le contrat s'est formé: il est de principe que l'acquisition se rattache à sa cause.—Nous donnerons pour ex., le cas où l'un des associés aurait acheté un immeuble avant la formation de la société, sous une condition suspensive, qui se serait réalisée depuis (1179).—Nous trouvons encore d'autres exemples dans les art. 1673 et 1674.

Les parties peuvent en outre comprendre dans la société de tous biens présents :

1° Le gain qui proviendra de leurs économies ou de leur industrie particulière, tels que les traitements, salaires ou honoraires;

2° La *jouissance* des biens qu'ils acquerront, pendant la durée de la société, par succession, donation ou legs.

Suivant Duranton (n. 351), la jouissance des biens à venir entre de plein droit dans la société de tous biens présents : d'une part, disent-ils, le Code déroge à l'ancienne législation, relativement à la propriété des biens qui pourraient advenir aux associés; mais non quant à la jouissance de ces biens : il y a lieu d'appliquer ici, par analogie, la règle de l'art. 1401, n° 2, qui attribue les fruits des propres à la communauté conjugale; « ces mots de l'art. 1837 : « les biens qui pourraient leur advenir... n'entrent dans la société que pour la jouissance, » indiquent suffisamment, qu'ils y entrent pour cela sans stipulation formelle.

Nous n'admettons pas cette interprétation : il faut combiner les deux alinéas de l'art. 1837, pour en saisir l'esprit; or, le premier

(1) On peut critiquer la dénomination de société universelle de *biens présents* : en effet, la société de biens présents peut comprendre des profits, et toute autre espèce de gains, choses que les parties ne possèdent pas actuellement.

exclut implicitement de la société, les fruits des biens à venir, puisque ces biens n'y tombent pas en propriété : l'accessoire suit le sort du principal. — Le deuxième, permet de modifier cet état de choses (ce qui ne peut évidemment avoir lieu que par l'effet d'une stipulation) ; mais il restreint la faculté qu'il accorde à la jouissance des biens : voilà tout ce que le législateur a entendu exprimer.

On argumente vainement de l'art. 1401 : cet article établit une règle exceptionnelle : si les biens à venir devaient être compris de plein droit, pour la jouissance, dans les sociétés de biens présents, tous les inconvénients que la loi a voulu éviter renaîtraient : en écartant de cette société les biens à venir pour la propriété, son but principal, il faut se le rappeler, a été d'empêcher les donations indirectes contraires à ses prohibitions : comment admettre que la loi, abandonnant tout à coup sa sévérité, ait décidé que la société de tous biens présents comprendrait implicitement ces fruits ? Rien ne justifierait une semblable modification (Duvergier, n. 93 ; Troplong, n. 269 ; Zach., p. 60).

Lorsque les parties ont stipulé que la société comprendra, indépendamment des biens présents, le gain qu'elles pourront faire par leur industrie, ou les fruits de leurs biens à venir, le contrat est soumis aux principes particuliers à ces deux espèces de sociétés : il constitue une troisième sorte de sociétés universelles.

Quant à la propriété des biens à échoir par succession, donation ou legs (meubles ou immeubles, la loi ne distingue pas), il n'est pas au pouvoir des parties de la comprendre dans la masse commune : toute stipulation à cet égard serait frappée de nullité radicale ; le texte proscrit formellement ces sortes de conventions, et par suite, il efface de nos lois modernes les sociétés dites autrefois *universorum bonorum*.—Ainsi que nous l'avons déjà dit, le législateur a considéré, que de telles clauses auraient présenté un moyen facile d'éluder les dispositions légales qui prohibent tous avantages indirects entre certaines personnes (911) et de frauder non-seulement le fisc, mais encore les tiers.

Si la clause dont il s'agit avait été insérée dans l'acte de société, au mépris du texte prohibitif qui nous occupe, le contrat serait-il frappé de nullité radicale, ou se bornerait-on à considérer la clause comme non écrite ? Duranton (t. 17, n. 350), adopte ce dernier système ; il applique la maxime : *Utile per inutile non vitiatur.* — C'est là une erreur : il ne s'agit point ici de conventions divises, complétement indépendantes l'une de l'autre ; mais d'un seul et même contrat, soumis à des conditions qui s'enchaînent : l'une des parties a pu se décider à mettre ses biens présents dans la société, en considération de ce que l'autre apportait la propriété de ses biens à venir. En principe, toute condition d'une chose prohibée par

la loi, est nulle et rend nul le contrat qui en dépend (1772) (1).

Que doit-on décider à l'égard des acquisitions à titre onéreux? Elles appartiennent à la société : les art. 1402 et 1499, qui déclarent acquêts de la communauté, tout immeuble dont l'un des époux ne démontre pas qu'il est personnellement propriétaire, doivent recevoir ici leur application.

Parlons maintenant des dettes : quelles sont celles que la société doit supporter? dans quelle proportion en est-elle chargée? Il est remarquable que la loi ne trace aucune règle à cet égard : ce silence porte à penser, qu'elle a prétendu se référer au droit commun : de là résultent les conséquences suivantes :

Puisque la société acquiert en propriété les biens présents, meubles et immeubles, toutes les dettes actuelles, sans distinction de leur origine ou de leur nature, doivent y entrer : *bona non intelliguntur*, etc.

La société peut-être poursuivie, non-seulement pour les intérêts; mais encore pour le capital de ces dettes, etc. (2).

A l'égard des dettes et charges postérieures au contrat, la société est tenue pour le tout de celles qui ont été contractées dons son intérêt, soit du consentement de tous les associés; soit par l'un des associés, dans les limites des pouvoirs spéciaux qui lui ont été conférés, et elle supporte, en outre, sans recours contre l'associé, les dettes et charges relatives aux biens qui lui appartiennent, telles que les grosses réparations, les réparations d'entretien; mais elle n'est pas tenue des dettes qui grèvent les successions, dons ou legs échus aux associés.

Les intérêts ou arrérages des dettes relatives aux biens à venir ne sont point supportés par la société, puisque, suivant nous, ces biens eux-mêmes en sont exclus pour la jouissance comme pour la propriété.—Si la jouissance de l'actif entrait dans la société, l'art. 612 deviendrait applicable (3).

La société est-elle tenue des frais de nourriture et d'entretien des associés et de leurs enfants, ainsi que des frais d'éducation de ces derniers? Suivant Duvergier, n° 100, 111 et 122, ces sortes de dépenses sont exclues du passif social, non-seulement lorsque la société est restreinte aux biens présents; mais encore, lorsque par l'effet d'une stipulation que le 2e alinéa de l'art. 1887 autorise, elle doit comprendre toute espèce de gain fait pendant sa durée : nous ne sommes plus, dit-il, dans ces temps primitifs, où la société *universorum bonorum* était en honneur : on ne rencontre plus, même dans les familles, ces sentiments de fraternité qui leur servait de base : la civilisation a éveillé des passions et créé des besoins que

(1) Troplong, n. 276. Duvergier n. 108.

(2) Dur. n. 356. Delv. p. 120 n. 3. Duvergier, n. 96. Troplong, n. 277. Duvergier, n. 97. Troplong, n. 281.

ne connaissaient point nos aïeux.— Tel associé a des goûts dispendieux ; tel autre est économe et rangé : si la société devait satisfaire sans distinction à leurs dépenses, il y aurait toujours une victime, et cette victime serait le travailleur ; celui qui rendrait le plus de service et qui serait par conséquent le plus digne d'intérêt. — D'ailleurs, un pareil état de choses serait un foyer de discorde et une source de procès. — A défaut de règles légales et de stipulations particulières sur le point qui nous occupe, il est rationel d'admettre celles qui suivent :

« Chacun des associés fera des prélèvements, qui seront imputés sur sa part dans les bénéfices ou dans le fonds même : celui qui aura des biens personnels, dont la famille sera moins nombreuse, ou qui aura été plus économe, trouvera dans la liquidation plus que les autres, et l'on arrivera ainsi à un résultat équitable, sans avoir à faire de calculs difficiles ou de subtiles distinctions »

Duvergier applique cette règle, sans distinction, aux sociétés de tous biens présents, aux sociétés universelles de gain, et à la société de tous biens présents unie à la société de gain : il oublie, que les dépenses nécessitées par les besoins quotidiens des familles sont une charge du gain que chaque associé peut faire par son travail, et du produit de ses biens personnels, bénéfices qui tombent dans la caisse sociale.

La théorie suivante est admise par la majorité des auteurs modernes (1) :

« Si la société comprend toute espèce de gains, les frais dont il s'agit sont à la charge de la société ; quand même ils seraient plus considérables à l'égard de l'un des associés qu'à l'égard de l'autre ; pourvu toutefois, que l'associé use modérément du fonds social dans les dépenses qu'il doit faire pour lui et sa famille ; qu'il n'en dissipe pas les deniers en vaines profusions, au jeu, en débauches, ou en voyages inutiles. »

« Si la société ne comprend pas toute espèce de gains ; si elle est restreinte, par ex., aux biens actuels des associés, ou aux fruits des biens qui leur adviendront à titre de donation, de succession ou de legs, sans comprendre le gain d'une autre nature, les frais de nourriture et d'entretien des associés doivent être pris sur le gain particulier de l'associé, et dans le cas seulement d'insuffisance, sur les biens de la société : le tout sauf stipulation contraire. »

Nous supposons toujours, bien entendu, que les demandes de fonds seront modérées : si elles étaient excessives à ce point, qu'elles dussent absorber une partie notable du capital social, et par suite, porter atteinte aux conditions du contrat de société, on n'y aurait pas égard (2).

(1) Troplong, n. 281. Duvergier, n. 100 et 111.
(2) Delv. p. 120 n. 2. Dur. n. 357. Troplong, n. 281 et 297.

Cette théorie, puisée dans notre ancienne législation, est conforme aux principes généraux du droit moderne et satisfait pleinement à l'équité.

Notre ancienne jurisprudence comprenait dans le passif des sociétés *universorum bonorum*, les dépenses faites pour procurer aux enfants des associés un établissement par mariage ou autrement: c'était là, une conséquence des règles qui faisaient tomber dans l'actif, non-seulement, la propriété des biens présents; mais encore celle des biens à venir. — Mais les lois modernes ont proscrit ces sortes de stipulations: aujourd'hui, les biens à venir ne peuvent être compris dans la société que pour la jouissance: or, l'obligation de doter n'est pas une charge des fruits; donc, la société n'en est pas tenue. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait une stipulation formelle (1).

Si la société n'est pas tenue de doter lorsqu'elle comprend la jouissance des biens à venir, bien moins encore est-elle soumise à cette obligation, lorsque l'associé père de famille a conservé cette jouissance; en d'autres termes lorsque la perte est restreinte à l'universalité des biens présents (2).

La société est-elle tenue de réparer le dommage causé par un délit que l'un de ses membres a commis? on admet généralement la distinction suivante : si les coassociés du délinquant ont profité sciemment du délit, en recevant tout ou partie de la chose volée, ils sont réputés complices; par suite, une action solidaire est accordée contre eux. — S'ils ont ignoré l'origine coupable de ce versement, le demandeur ne peut agir que *de in rem verso;* c'est-à-dire, jusqu'à concurrence du profit procuré.

Dans sa disposition finale, l'art. 1837 réserve aux époux la faculté de former, par contrat de mariage, une communauté universelle, comprenant leurs biens présents et leurs biens à venir : l'art. 1526 contient une règle explicite à cet égard.—Durant le mariage ils ne peuvent établir entre eux de société universelle; car ils modifieraient ainsi leurs conventions matrimoniales (1395).

Cette décision résout la question de savoir si les époux séparés de biens peuvent établir entre eux une société universelle, question que nous avons touchée sous l'art. 1526? Duranton (n. 347) se prononce pour l'affirmative. — MM. Rodière et Pont, adoptent cette opinion; mais elle nous paraît ouvertement contraire au principe qui défend aux époux de modifier, après la célébration du mariage, leurs conventions matrimoniales (3).

— A la charge de qui doivent être les dettes contractées pendant la durée de la société, sans indication ni justification d'emploi; par ex., par des emprunts de

(1) Duvergier, n. 98 à 100. Dur. n. 357. Troplong, n. 281.
(2) Duvergier, n. 99. Dur. n. 357. Troplong, n. 282.
(3) Duvergier, n. 102. Delv. t. 3, p. 290 et 451. Dur. t. 17 n. 347.

l'emploi desquels il n'existe pas de traces? ~ Suivant Delv., p. 120, n. 3, il faut appliquer l'art. 1419, et décider qu'elles sont à la charge de la société; sauf récompense pour les sommes qui seront prouvées avoir été employées pour les besoins et l'amélioration des biens particuliers de l'associé. ~ Mettre les dettes à la charge de la société, répond Dur., n° 359, c'est donner à un associé le pouvoir de la grever par de folles dépenses, sans qu'il y ait moyen pour les autres associés de s'y opposer. ~ Cette question est sans intérêt dans la pratique : en effet, si la difficulté s'agite entre associés, évidemment, la société ne supportera la dette, qu'autant qu'il sera établi qu'elle a profité des sommes empruntées. — Si elle est soulevée par un tiers, on devra examiner si l'associé a eu ou non capacité d'engager la société : dans le premier cas, le créancier ne sera pas tenu de prouver l'emploi que les deniers auront reçu : dans le deuxième, il devra établir cette preuve, et il ne pourra agir que par l'action *de in rem verso*. — Ainsi, les dettes sont pour le compte de celui qui les a contractées : la société n'est tenue que suivant les règles ordinaires (Duvergier, n. 98; Troplong, n° 279).

Sociétés universelles de gains.

1838 — La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société : les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat, y sont aussi compris ; mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement.

= La société universelle de gains, comprend en toute propriété :

1° Les biens que les associés acquerront par achat, louage ou autre titre de commerce; par un travail appliqué à un objet quelconque; par l'exercice d'une profession; par leur industrie, etc. — Le mot *gain*, répond au mot *quæstus* des Romains : *Quæstus intelligitur*, dit Paul (1), *qui ex opera cujusque descendit;*

2° Des meubles dont chacun des associés est propriétaire au moment du contrat ;

3° Des meubles qu'ils acquerront pendant la société, en vertu d'une cause existante à l'époque où elle s'est formée : l'acquisition, ainsi que nous l'avons dit, se rattache à sa cause.

La société comprend en *jouissance seulement :*

1° Les biens immeubles dont les associés sont propriétaires à l'époque du contrat;

2° Les biens, meubles ou immeubles qu'ils ont acquis à titre gratuit pendant sa durée;

3° Ceux qu'ils ont acquis en vertu d'une cause antérieure au contrat.

Le Code, il est vrai, ne contient pas de disposition précise sur ces deux derniers points; mais les mots : *La société universelle de gains*

(1) L. 8 ff. *pro socio.*

renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, sont suffisamment explicites : d'ailleurs, comment admettre que l'on ait compris dans l'actif social les traitements ou honoraires des associés, et que les fruits de leurs immeubles en soient exclus ? Pourquoi aurait-on établi sous ce rapport une différence entre la société et la communauté entre époux (1401) ?

Il est bien entendu, que l'héritage acquis en échange d'un immeuble propre, ne tombe pas en propriété dans la société, puisque cette acquisition découle d'une cause antérieure à l'époque où la société s'est formée.

Nous ferons la même observation, à l'égard des biens acquis en remploi de propres, ou pour tenir lieu d'emploi des deniers et effets mobiliers que les associés ont acquis depuis le contrat de société, par don de fortune, par succession ou par l'effet d'une libéralité; pourvu que la cause de ces acquisitions ait été mentionnée dans l'acte (arg. de l'art. 1434).

Au résumé, tout est commun entre les associés, à l'exception de la nu-propriété de leurs immeubles présents, de ceux qu'ils ont acquis en vertu d'un titre antérieur à la formation de la société, et des biens (meubles ou immeubles) qu'ils ont recueilli depuis le contrat, par succession, donation, legs ou par don de fortune. — Ainsi, la société universelle de gains, est moins étendue que celle de tous biens présents, puisque les *immeubles présents* ne tombent pas en propriété dans l'actif; mais elle est plus étendue sous un autre rapport, puisque le gain fait par les associés depuis le contrat, autrement que par donation, legs ou don de fortune, s'y trouve de plein droit compris.

Nous avons établi, que les acquisitions d'immeubles, faites par l'un des associés avec ses économies, tombent dans la masse commune, puisqu'elles représentent des deniers qui faisaient partie de l'actif : que devrait-on décider cependant, si l'associé avait acquis l'immeuble *proprio nomine :* cet immeuble serait-il social *ipso facto ?*

La question présente de l'intérêt : si l'on décide l'affirmative, il faut reconnaître à la société le droit de revendication, au cas où l'associé acquéreur aurait disposé de l'immeuble. — Troplong (n. 392) enseigne, d'après les textes romains (1), qu'en pareille circonstance, la chose entre dans le domaine de l'acheteur seul, lequel n'est tenu qu'à en faire part à la société : cette décision présente l'avantage de mettre les tiers à l'abri des surprises.

Quelques auteurs enseignent que l'associé devient immédiatement propriétaire : ils donnent pour seule et unique raison, que l'associé est tenu de communiquer à la société l'immeuble acquis : on ne

(1) L. 74, ff. *pro socio.*

peut répondre à un pareil argument : autant vaudrait dire que le mandataire qui stipule en son propre et privé nom est réputé stipuler pour le mandant.

Parlons maintenant du passif :

Aux termes de l'art. 1409, toutes les dettes mobilières dont les époux sont grevés au jour de la célébration de leur mariage, tombent dans la communauté, sauf récompense pour celles relatives aux immeubles propres à chacun des époux : *là où va l'actif mobilier, là va le passif mobilier ; là où reste l'actif immobilier, là reste le passif immobilier.* — Suivant l'article 1414, lorsqu'une succession en partie mobilière et en partie immobilière est échue à l'un des époux pendant le mariage, les dettes ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence d'une portion contributoire déterminée par la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles : *là où va l'émolument actif, là va le passif.*

Dans la société universelle qui nous occupe, quel système doit-on suivre ? Le premier entraîne souvent des conséquences iniques : il peut arriver, en effet, que l'un des époux ait des dettes mobilières considérables et que toute sa fortune soit en immeubles, ou qu'il ait une grande fortune mobilière et que son passif soit nul ; tandis que l'autre n'ait pas de dettes mobilières ou ne possède que des immeubles, en sorte que l'égalité qui devrait exister entre époux se trouvera méconnue.—Le 2e est plus équitable : quelques personnes pensent qu'il doit recevoir son application en matière de société.

Quoi qu'il en soit, par des motifs qui ont conservé toute leur force sous la législation nouvelle, Pothier (n. 52) applique, en matière de société, la règle établie par l'art. 1409 : « Notre droit coutumier, dit-il, faisant entrer dans cette société les biens meubles que les conjoints avaient lorsqu'ils l'ont contractée, c'est une conséquence que cette société doit être tenue de toutes les dettes mobilières dont ils étaient alors débiteurs ; les dettes mobilières, suivant les principes de notre ancien droit français, devant suivre le mobilier et en étant une charge. »

Cette théorie est généralement enseignée aujourd'hui : on tient pour principe, que la société est tenue pour le tout, comme dans le cas de communauté légale :

1° Des dettes mobilières dont les associés sont grevés *au moment du contrat* : ces sortes de dettes sont considérées comme une charge de l'universalité des meubles (Dur., n. 372) ;

2° Des arrérages et intérêts des rentes ou dettes passives, qui sont dus aux associés personnellement ;

3° Des réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent pas en propriété dans la société.

Quant aux dettes qui ont été contractées *durant la société*, on admet que la société est tenue pour le tout, en capital et intérêts, de

celles qui concernent ses propres affaires; jusqu'à concurrence du profit qu'elle a fait, lorsque les dettes ont une autre cause, et des intérêts seulement de celles qui sont relatives aux biens particuliers de l'associé, ou qui proviennent des successions ou donations par lui recueillies depuis la société.

Suivant nous, on doit toujours présumer, dans l'intérêt des tiers, que les emprunts ont l'intérêt commun pour objet, lorsqu'ils ont été faits du consentement de tous les associés, ou par leur fondé de pouvoir; sauf ensuite le recours de la société contre celui qui a contracté ces dettes, s'il est prouvé qu'elle n'en a pas profité (*voy. art.* 1827 *quest.*).

Chaque associé peut prélever sur les bénéfices, les sommes nécessaires à ses besoins et à ceux de sa famille: profitant de tout le gain des associés, et en outre, des fruits produits par les biens qui leur restent propres, il est juste que la société soit tenue de ces dépenses, quand même la famille de l'un serait plus nombreuse que celle de l'autre ; à charge toutefois, par chaque associé, ainsi que nous l'avons dit sous l'art. 1837, d'en user modérément. — Voyez, au surplus, nos observations sur l'article précédent.

Quant aux dots, elles ne sont point une charge de la société; mais une charge des propres.

— Les fruits des immeubles, soit présents, soit à venir, tombant dans la société, on demande si l'associé à qui les immeubles appartenaient au moment du contrat, où à qui ces biens sont échus pendant la durée de la société, peut les aliéner sans le consentement de ses associés? ~~ Dur. (n. 307) distingue : L'associé n'est pas le maître de disposer des biens présents, sans en réserver la jouissance à la société; car ses coassociés ont dû compter sur cette jouissance : mais il a ce droit, lorsqu'il s'agit de biens qui lui sont échus à titre gratuit durant la société, la jouissance de ces biens étant mise dans la société, en ce sens seulement que les économies faites par chaque associé sont considérées comme un gain dont il doit faire raison à la société. ~~ Suivant Duvergier (n. 110), la jouissance des biens à venir tombe dans la société, de la même manière et au même titre que la jouissance des biens présents ; la volonté seule de l'associé-propriétaire ne peut les en distraire. — L'article 1838 porte que les immeubles personnels des associés, n'entrent dans la société que pour la jouissance : ce texte ne distingue pas entre les biens présents et les biens à venir. ~~ Troplong (n. 289), trouve l'une et l'autre opinions inexactes: Duranton, dit-il, distingue entre les immeubles présents et les immeubles à venir ; ce qui est arbitraire ; car les textes des art. 1837 et 1838 ne distinguent pas. — Duvergier donne trop d'extension aux droits de la société : il faut concilier le respect dû à la propriété avec les droits de la société, et laisser au propriétaire la libre disposition de ses biens, pourvu qu'il ne sorte pas de la ligne d'un père de famille diligent; en un mot, la société n'a contre les tiers que l'action Paulienne : *ob ea quæ in fraudem creditorum facta sunt.* — Cette dernière opinion nous paraît être dans l'esprit de la loi: vainement, dit-on, pour justifier la distinction faite par Duranton, que la société a dû compter sur les biens présents, comme source de revenus, au moment où elle s'est constituée, et qu'elle n'a pu compter sur des biens à venir ; que si la société profite des fruits que ces derniers biens produisent, c'est uniquement parce que son actif se compose entre autres éléments, du gain que les associés ont fait par leur

travail ou par leur industrie : cette raison n'est pas concluante : elle pourrait s'appliquer aux biens présents comme aux biens à venir ; car la jouissance des biens à venir tombe dans la société au même titre que celle des biens présents.—En définitive, la société n'a pas de droits réels sur les immeubles apportés par l'associé ; dès lors, elle ne peut suivre ces immeubles entre les mains des tiers.—Nous exceptérons toutefois le cas où la société serait constatée par un acte authentique, ou par un acte sous-seing privé ayant date certaine : on appliquerait alors, par analogie l'article 1743 (1).

L'un des associés peut-il disposer librement de ses propres, pour doter ses enfants ? — Pour soutenir que la société conserve la jouissance des biens donnés à ce titre, on dit, qu'en matière de communauté légale, l'un des époux ne peut donner ses propres en dot à ses enfants d'un premier lit, qu'à charge de récompense pour la jouissance dont la communauté se trouve privée ; — mais cette raison n'est que spécieuse : la loi ne voit pas la société avec la même faveur que la communauté entre époux : le contrat de mariage est soumis à des règles spéciales. — Nous avons admis que les associés peuvent disposer en toute propriété, pour cause juste, des biens compris dans leur apport : quoi de plus moral que la constitution de dot ? — Comment admettre, qu'en contractant une société, les parties se se soient interdit d'accomplir cette obligation sacrée. — Le droit ancien admettait que les associés pouvaient aliéner leurs biens pour doter leurs enfants (*voyez* Pothier, Société (n. 99), aucun texte ne prouve que les auteurs du code aient entendu s'écarter de ces règles) (2).

1839 — La simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains.

= Les obligations ne se présument pas : dans le doute, on doit observer la maxime : *quod minimum est sequimur.* — D'ailleurs, la loi ne voit pas favorablement les sociétés universelles ; car elles engendrent fréquemment des procès.

1840 — Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes.

= « Le motif de cette disposition se fait assez sentir, a dit M. Treilhard ; c'est par des considérations d'une haute importante, que vous avez établi entre quelques personnes des incapacités de se donner au préjudice de quelques autres : les prohibitions ne sont pas nombreuses dans notre législation ; mais enfin il en existe ; et ce que vous avez expressément défendu, ce qu'on ne peut faire directe-

(1) Si la société devait se prolonger au delà de 18 ans, il faudrait de plus que l'acte eût été transcrit, conformément à l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855.

(2) Troplong, n. 290.

ment, il serait inconséquent et dérisoire de le tolérer indirectement : il ne faut donc pas, que sous les fausses apparences d'une société, on puisse, en donnant effet, éluder la prohibition de la loi, qui a défendu de donner, et que ce qui est illicite, devienne permis, en déguisant sous les qualités d'associés, celle de donateur et de donataire (1). »

Ainsi, les sociétés universelles entre certaines personnes, sont interdites, parce qu'on a craint qu'elles ne devinssent un moyen d'éluder les règles prohibitives ou restrictives de la faculté de disposer à titre gratuit.

Notre article atteint en conséquence deux classes de personnes :

1° Celles qui sont respectivement incapables de se donner ;

2e Celles en qui la liberté de disposer est restreinte, à raison de ce qu'elles ont des héritiers à réserve.

Les dispositions de la loi sur le premier point, sont en parfaite harmonie avec les textes qui prononcent, contre certaines personnes, des incapacités de recevoir à titre gratuit l'une de l'autre; aucune difficulté ne s'élève :

Ainsi, une société universelle ne peut se former entre un mineur devenu majeur et son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré (907) ; entre des enfants adultérins ou incestueux et leurs père et mère (962 et 908); entre un docteur en médecine et la personne à laquelle il a donné des soins pendant la maladie dont elle est morte (*voyez* art. 762, 908 et 909), bien que le tuteur puisse faire une donation à son pupille; un enfant incestueux ou adultérin, à ses père et mère ; un médecin à son malade.

Remarquons seulement cette différence, que la société formée entre personnes respectivement incapables de se donner, est entachée de nullité absolue ; tandis que si l'incapacité réside seulement dans la personne de l'un des contractants, la nullité ne peut être proposée que par l'incapable ou par ses représentants (2).

La deuxième partie de l'article présente plus de difficultés : les auteurs ne s'accordent pas sur le sens des mots : *auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes:*

Suivant quelques auteurs (3), la société universelle est interdite d'une manière absolue à celui qui a des enfants ou des ascendants, et chez qui, par conséquent, le droit de disposer n'existe que sous certaines restrictions :

Le texte, dit notamment Duvergier, est conçu en termes généraux et précis : assurément, cette règle absolue peut avoir de

(1) Exposé des motifs, Fenet, t. 14 p. 396.
(2) Duvergier, n. 122. Dur. t. 17 n. 378 et 380. Troplong, n. 311.
(3) Duvergier, n. 118 et suiv., et Delv. p. 120 n. 2.

graves inconvénients; mais elle existe : jusqu'à réformation, il faut s'y soumettre : sans doute, cette prohibition réduit singulièrement le nombre de ceux à qui il est permis de s'engager dans les liens d'une société universelle; sans doute, la mort d'un ascendant, la naissance ou le décès des enfants d'un des associés auront une influence décisive sur la position des contractants; ils feront surgir ou cesser la prohibition : Mais la survenance d'enfants opère aussi, la révocation des donations entre vifs : il n'est donc, pas extraordinaire, que le même fait ou des faits analogues, produisent ici des résultats semblables. — Vainement argumenterait-on, dans un sens contraire, des paroles de Treilhard : elles ne sont ni assez explicites, ni assez puissantes, pour l'emporter sur les termes clairs et précis de la loi : La discussion au Conseil d'état, n'offre aucune lumière, elle n'a été qu'effleurée. On ne doit pas craindre de s'écarter de la pensée du législateur, en réduisant le nombre des personnes à qui il est permis de contracter des sociétés universelle : dans le projet, la société de biens présents était absolument interdite; si elle a été autorisée ensuite, ce n'est qu'avec hésitations et réserves; on pourrait presque dire, que la prohibition est le principe, et la permission l'exception. — Il y aurait enfin de graves difficultés, dans l'application du système qui se bornerait à réduire à la quotité disponible, les avantages excessifs que pourraient présenter les sociétés universelles.

Entendue autrement, la deuxième partie de l'article ne serait qu'une répétition inutile de la première; elle n'ajouterait rien à l'autorité de celle-ci.

Si les personnes dont nous parlons avaient contracté, au mépris de la prohibition, une société universelle, le partage s'opérerait comme dans le quasi-contrat de communauté : chacun retirerait sa mise, et les bénéfices se partagerait *arbitratu boni viri*, au prorata des mises respectives, sans égard aux stipulations mentionnées dans l'acte annulé. — La perte serait pour le compte du propriétaire.

Au résumé, dans ce système, le sort de la société ne peut être fixé que par la mort de l'un des associés; car jusqu'alors, les héritiers réservataires sont inconnus.

Cette théorie est en contradiction manifeste avec les art. 854, 1526 et 1527 : — Le premier, statue dans la prévision du cas où le défunt aurait formé une association quelconque avec l'un de ses héritiers.

Quant aux art. 1526 et 1527, plus explicites encore, ils déclarent valable la société universelle stipulée par contrat de mariage entre deux époux dont l'un a des enfants d'un premier lit : pourquoi ne maintiendrait-on pas la société contractée entre individus dont l'un aurait des héritiers à réserves? Quelle a donc été la pensée du Lé-

gislateur? elle nous est révélée par le passage de l'exposé des motifs que nous avons rapporté plus haut.

Certes, l'orateur n'eût pas présenté la prohibition comme rarerement applicable si elle devait atteindre toutes les personnes qui laissent des ascendants ou des enfants légitimes.

Lors de la discussion au Conseil d'Etat, le consul Cambacérès s'exprimait ainsi : « La crainte des abus est un motif de prendre des précautions contre les sociétés frauduleuses; mais non de punir les citoyens du droit d'user de celles qui sont fondées sur des motifs légitimes. »

M. Bigot Préameneu, ajouta que « les véritables sociétés de tous biens étaient rares; quelles deviendraient dangereuses, si on ne les défendaient entre personnes prohibées. »

Le procès-verbal constate que « le conseil adopta la société de tous biens présents, en la défendant aux personnes entre lesquelles les donations sont prohibées. » (Fenet. t. 17 p. 372).

Comme on le voit, le législateur a entendu seulement prohiber les sociétés universelles, entre personnes incapables de recevoir l'une de l'autre, et confirmer les incapacités relatives, prononcées par les art. 908 et 909, du C. civ. Sa pensée ne s'est pas même portée sur celles qui pourraient donner lieu à réduction pour parfaire les droits des héritiers réservataires que l'un des associés pourrait laisser à son décès : des enfants peuvent survenir à celui qui n'en avait pas lorsque la société s'est formée; celui qui en avait, peut les avoir perdus : or, comment admettre, que le sort d'un contrat de société, puisse dépendre d'événements aussi incertains. — Ces sortes de sociétés n'étaient point prohibées dans notre ancien droit; pourquoi supposer que le nouveau législateur ait entendu se montrer plus rigoureux (1).

Au surplus, le texte de l'art. 1840, sur lequel on s'appuie dans l'opinion que nous combattons, n'est pas contraire à celle que nous croyons devoir admettre : il interdit les sociétés universelles entre personnes auxquelles il est défendu *de s'avantager au préjudice d'autres personnes ;* or, aucun texte ne refuse au père de famille, la faculté d'avantager l'un de ses enfants au préjudice des autres: seulement, cette faculté est restreinte dans les limites de la portion disponible (913 et 843) : la loi ne dit pas, que les associés doivent être libres de donner leur fortune entière; elle se borne à déclarer nulles, les sociétés entre personnes auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes : le défunt a pu donner par préciput et hors part la portion disponible à l'un de ses héritiers réservataires (844); c'est là un avantage permis : Donc, il peut contracter une société universelle; sauf réduction, si les héritiers

(1) Dur. t. 17 n. 381. Zach. p. 62.

à réserve ne trouvent pas dans les biens propres de l'associé, une valeur suffisante pour parfaire leur légitime (1).

Au résumé, l'art. 1840 doit être entendu ainsi : La société universelle entre personnes respectivement incapables de recevoir à titre gratuit l'une de l'autre est nulle ; entre personnes capables, il y a seulement lieu de réduire la libéralité à la mesure du disponible si l'un des contractants laisse des héritiers à réserve (2).

SECTION II.

DE LA SOCIÉTÉ PARTICULIÈRE.

Les sociétés particulières sont d'un fréquent usage ; c'est même en elle, que se concentre aujourd'hui presque tout l'intérêt du contrat de société.

1841 — La société particulière, est celle qui ne s'applique qu'a certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir.

= La société particulière est celle qui a pour objet certains biens déterminés, que les associés conviennent de mettre en commun, soit en propriété pour les vendre ensemble, et partager le prix ; soit pour l'usage ; soit pour une certaine entreprise ; soit pour l'exercice de quelque industrie ou de quelque profession. — En un mot, la société est dite particulière, lorsqu'elle n'est point universelle, quelque vaste et compliquées que soient les opérations qu'elle embrasse : l'objet de ces sortes de sociétés peut varier à l'infini.

Il est bien entendu, que l'apport de chaque associé doit être franc et quitte de toute dette personnelle.

— Supposons que des associés, sans dire positivement qu'ils entendent former une société universelle, aient fait entrer dans la société tous leurs biens, en les désignant : la société est-elle universelle ou particulière ? — C'est là une question d'intention : le juge prononce eu égard aux circonstances (Duvergier, n. 132).

1842 — Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est aussi une société particulière.

= On peut s'associer, par exemple, pour exploiter une entreprise de messageries, pour travailler en commun et partager les bénéfices que l'on fera.

(1) Troplong, n. 302 et suiv. Dur. t. 17 n. 381. Dall. v° Société. Persil, p. 22. Zach. t. 3. p. 61, § 379 n. 7. Cass, 25 juin 1839. Dev. 1839, 1, 551 et 546. Pal. 39, 2, 7 : 25 juin 1837. Dev. 1839, 1, 546 et la note.

(2) Le projet prohibait les sociétés universelles de biens présents entre personnes respectivement incapables de se donner ou de recevoir ; il autorisait les sociétés universelles de gain:

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS.

Pour bien entendre les règles comprises dans ce chapitre, il ne faut pas perdre de vue, que la société est un être moral, une tierce personne qui a des intérêts distincts de ceux des associés.

La loi s'occupe dans deux sections différentes, des effets du contrat de société ; elle détermine :

1° Les engagements des associés entre eux, ou ce qui revient au même, envers la société ;

2° Les engagements des associés ; ou plutôt, ceux de la société envers le tiers.

SECTION PREMIÈRE.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

La loi détermine dans cette section :

1° Le commencement et la durée de la société (1843 et 1844) ;

2° Les obligations des associés envers la société (1845 à 1850) ;

3° Celle de la société envers les associés (1851 et 1852) ;

4° Enfin, elle pose des règles sur la fixation des parts (1845 à 1855).

Les articles suivants sont relatifs à l'administration de la société.

La société est une personne civile : elle a son commencement et sa fin : elle commence au jour fixé par la convention, et à défaut de convention, à l'instant du contrat (1313) ; elle finit par l'extinction de la chose, par la consommation de l'affaire, par la mort ou par la déconfiture de l'un des associés. — Sa durée, si elle n'est pas limitée, embrasse toute la vie des associés : mais dans ce cas spécial, chaque associé a le droit de demander la dissolution, sous les conditions que la loi détermine (1864 et 1869).

Dès le moment où la société est constituée, elle a un domicile : ce domicile est au lieu où se trouve son principal établissement (102). — Après la disparition de l'être moral, les actions des créanciers doivent être dirigées contre chaque associé personnellement, à moins qu'un liquidateur n'ait été nommé ; auquel cas, ils doivent saisir le tribunal du lieu où la société avait son siége.

Chaque associé est tenu envers la société :

au Conseil d'Etat, toute la discussion roula sur la question de savoir si l'on admettrait ou si l'on prohiberait la société universelle de biens présents : il n'a pas été dit un mot des sociétés universelles de gains, et cependant, elles se trouvent englobées dans la disposition générale qui nous occupe : c'est là sans doute le résultat d'une méprise : mais le texte est formel.

1° De fournir son apport (1845);

2° De tenir compte de ce qu'il a perçu du fonds commun, et des profits qu'il s'est procurés en préférant son propre intérêt à celui de la société (1846 et 1849);

3° D'indemniser la société du tort qu'il lui a causé par sa faute (1850).

L'apport doit être effectué dans le délai convenu: la délivrance est soumise aux règles générales sur l'obligation de livrer et sur le payement (1136).

Lorsqu'il s'agit d'une société particulière, si la mise d'un associé consiste en un ou plusieurs objets individuellement déterminés, cet associé est garant de l'éviction. — La garantie est régie par les mêmes principes que celle dont est tenu le vendeur envers l'acheteur. — Nous verrons toutefois, que cette règle, proclamée par l'art. 1845, n'est pas rigoureusement exacte.

L'associé qui ne fournit pas son apport au terme fixé, doit tenir compte, sous certaines distinctions, à partir de cette époque, des fruits ou revenus provenant des choses qui composent sa mise; — par exception aux principes généraux, il est tenu, par le seul effet de la loi, de payer les intérêts des sommes qu'il devait apporter, et d'indemniser la société des profits qu'il a retirés de l'industrie qu'il s'est obligé à exercer pour le compte commun; le tout, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

La bonne foi s'oppose à ce qu'un associé préfère son propre intérêt à celui de ses coassociés : si l'un d'eux, créancier personnel d'un débiteur de la société, reçoit en payement une somme qui, d'après les règles établies par les articles 1253 et suivants, pouvait s'imputer sur l'une ou l'autre créance toutes deux également exigibles, cette somme doit être proportionnellement répartie sur celle de l'associé et sur celle de la société. — Si l'une des créances seulement était exigible, ou si toutes deux étant exigibles, l'une remontait à une époque plus ancienne, ou était plus onéreuse pour le débiteur, l'imputation se ferait en entier sur cette créance.

Par suite du même principe, l'associé qui a reçu sa part dans une créance sociale, doit, si le débiteur est devenu insolvable, rapporter la somme à la masse commune, afin que chacun de ses coassociés puisse obtenir un dividende proportionné à son intérêt.

Au surplus, ces règles ne concernent que les rapports des associés entre eux; elles ne portent pas atteinte aux droits qui sont conférés au débiteur par l'art. 1253.

Il est superflu de dire, que l'associé conserve la faculté d'appliquer exclusivement à la créance de la société, le montant de ce qu'il a reçu : libre à lui de préférer l'intérêt des autres au sien propre.

Lors de la dissolution de la société, chaque associé a le droit de réclamer la restitution de ses apports (bien entendu, lorsque c'est la jouissance seule et non la propriété des biens qui a été mise en commun). — De plus, il peut se faire indemniser de tous ses déboursés; avec intérêts à dater du jour où ils ont été faits, des engagements qu'il a contractés pour la société, et des pertes qu'il a éprouvées par suite des risques inséparables de sa gestion.

Les obligations de la société se divisent entre les associés : chaque associé est tenu personnellement des pertes, en proportion de ce qu'il prendrait dans les bénéfices, s'il y en avait.

Les parts dans les bénéfices ou dans les pertes, peuvent être déterminées soit par le contrat de société, soit par une convention postérieure.—Une égalité parfaite n'est pas prescrite dans ce règlement : la loi prohibe seulement, comme contraire à l'essence du contrat de société, toute clause qui aurait pour résultat d'attribuer à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou de l'affranchir de toute contribution aux pertes (1855).

A défaut de conventions particulières, les bénéfices se règlent eu égard à la valeur comparée des apports respectifs : chacun des associés supporte ainsi dans la perte, une part proportionnelle à celle qu'il est appelé à prendre dans les bénéfices.

Les apports sont supposés avoir tous une même valeur, s'il n'apparaît du contraire. — Cette règle est sans difficulté, lorsque toutes les mises consistent en sommes ou effets : mais quelle est la position des associés qui n'ont apporté que leur industrie? Si les apports en sommes ou effets ont une importance égale, il y a lieu de croire que l'apport en industrie a été jugé valoir autant que les autres : si cette égalité n'existe pas, il est assimilé à la plus faible des mises.

Les associés peuvent convenir de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour la fixation des parts : ce règlement peut être attaqué, s'il blesse l'équité; mais les réclamations ne sont admises que dans un délai de trois mois, à partir de la connaissance que l'associé lésé a eue du règlement. — Il est clair que toute plainte serait interdite à celui qui aurait donné son approbation tacite au règlement, en commençant à l'exécuter.

Il nous reste à parler de l'administration de la société :

Souvent, les associés chargent l'un d'eux d'administrer les affaires sociales : les pouvoirs de cet administrateur se déterminent alors par le titre, et dans le silence du titre, par les règles du mandat conçu en termes généraux (1988 et 1989).

On ne peut ni les révoquer ni même les restreindre, quand ils ont été conférés par le contrat même de société ; car ils deviennent alors une des conditions de l'association : mais l'administrateur

simple est en général assimilé à un mandataire, lorsqu'il n'a été nommé que postérieurement.

L'administration peut être confiée à plusieurs associés : lorsque leurs fonctions n'ont été ni divisées ni déterminées, il est rationnel de penser, que la volonté commune a été de les charger concurremment de la gestion des affaires sociales : en conséquence, chacun d'eux peut, dans cette limite, agir séparément, sauf toute stipulation contraire.

L'administration appartient en commun à tous les associés, lorsqu'elle n'a pas été spécialement déléguée à l'un d'eux.

Chaque associé ayant la liberté de disposer de sa part dans les effets communs, peut s'adjoindre pour cette part une tierce personne : mais on conçoit qu'il n'ait pas la faculté de l'associer à la société sans le consentement des autres (1861).

Les engagements des associés entr'eux, sont sanctionnés par une action personnelle, connue en droit romain, sous le nom d'action *pro socio :* cette action est cessible ; elle peut s'exercer non-seulement après la dissolution de la société, mais encore pendant sa durée.

Nous verrons : 1° à quelle époque commence la société et quelle est sa durée (1843 et 1844) ; 2° quelle est l'étendue des obligations des associés en ce qui concerne leur mise sociale (1845 ; 3° en quoi consistent les devoirs des associés qui ont perçu quelque chose du fonds commun (1846, 1848, 1849) ou qui ont causé à la société quelque dommage (1850) ; 4° quelle est la position de l'associé devenu créancier de la société (1851) ; 5° sur quelle base s'opère le partage des bénéfices et des pertes (1852, 1853) ; 6° D'après quelles règles s'administre la société (1856 à 1860) ; 7° Enfin, la loi s'occupe, dans l'art. 1861 des croupiers ou associés des associés.

1843 — La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque.

= On peut former une société sous une condition, ou pour commencer après un certain temps : les parties jouissent à cet égard d'une entière liberté. A défaut de conventions contraires, soit expresses, soit tacites, la société commence à l'instant même du contrat.

1844 — S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'article 1869 ; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire.

= Le terme de la société peut être l'objet d'une clause du con-

trat; cette convention est même sous-entendue dans les affaires dont la durée est limitée : par ex., si deux entrepreneurs s'associent pour bâtir une maison, la société finira dès que la maison sera construite.

Lorsqu'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, la loi présume que les contractants veulent se lier pour la vie. — Toutefois, elle réserve à chacun d'eux le droit de dissoudre la société, en manifestant sa volonté à cet égard : il suffit que la renonciation ait lieu de bonne foi, et qu'elle ne soit pas faite à contre-temps (*voyez* 1865 et 1869 combinés). — Ce mode de dissolution n'est pas admis lorsque la société a été contractée pour un temps limité (1871).

— Les contractants peuvent-ils valablement convenir que la société durera plus de cinq ans (815); cette convention empêcherait-elle l'un des associés de renoncer avant le temps fixé? — Après cinq années, dit Dur. (n. 392) chacun des associés peut demander le partage des biens, nonobstant toute convention contraire, pourvu que la demande soit faite de bonne foi et non à contre-temps.—Il s'agit, à la vérité, dans l'art. 815, d'une communauté de fait: mais dès que les héritiers conviennent qu'ils resteront pendant un certain temps dans l'indivision, ils forment par cela même un contrat de société. — L'art. 1872, déclare applicables au partage des sociétés, les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers: donc, l'art. 815 produit ses effets. — Dans l'opinion contraire, il faudrait aller jusqu'à soutenir, pour être conséquent, qu'en convenant expressément d'une société universelle à vie, les parties se sont valablement liées pour leur vie; ce qui n'est pas permis (1780). — Vainement dirait-on, que les associés ne seront pas tenus pour cela de travailler en commun pendant toute leur vie; que leur obligation se convertira en dommages-intérêts: ce serait implicitement reconnaître que l'obligation est valable; car il n'y a qu'une obligation valable qui puisse produire des dommages-intérêts. — Objectera-t-on, que ni l'art. 1844, ni aucun autre, ne limite à cinq ans la faculté qu'il reconnaît aux parties de fixer la durée de la société; que tous les jours, dans le commerce, il se forme des sociétés pour un temps qui excède cinq années : nous répondrions, qu'en effet, il y a lieu de faire exception à la règle, pour les sociétés d'industrie ou de commerce, non en ce sens qu'on puisse les prolonger jusqu'au décès de l'un des associés; mais en ce sens que la durée de ces sociétés peut être convenue pour plus de 5 années, pourvu que le terme ne soit pas excessivement long. — Il faut également excepter les sociétés qui ont pour objet une entreprise déterminée. — Ce système est contraire à l'esprit de la loi : nul doute que les contractants peuvent fixer, comme ils le jugent convenable, la durée de leurs rapports, et qu'ils peuvent valablement s'associer pour toute leur vie. — Vainement argumenterait-on de l'art. 815: cet article n'est pas applicable au contrat de société : l'indivision est un état passif; elle est vue avec défaveur; la société, au contraire, tend à accroître les produits des capitaux; elle est entourée de la plus grande protection. — Souvent, le but de la société ne pourrait être rempli, si le terme du contrat était limité à cinq ans. — On admet il est vrai, dans l'opinion contraire, que la règle de l'art. 815 ne régit point les sociétés de commerce ou d'industrie : mais aucun texte formel n'autorise ces exceptions. — Lorsque les parties entreprennent une opération qui durera plus de cinq ans, elles déterminent d'une manière indirecte la durée de leurs rapports; pourquoi donc une volonté directe et expresse n'aurait-elle pas la même puissance? — Il est inexact de prétendre, qu'en convenant de rester pendant un certain temps

dans l'indivision, les parties font par cela même une convention de société: c'est là confondre la société avec l'indivision conventionnelle. — L'argument tiré de l'art. 1872 est sans autorité : cet article pose un principe général; ce principe souffre exception, lorsque la nature des règles du partage des sociétés s'oppose à son application : par ex., pourrait-on soutenir que l'art. 841 est applicable entre associés ? — Duranton confond ici deux solutions essentiellement distinctes : il invoque l'art. 1872, sans remarquer que cet article renvoie au titre des successions pour la manière d'opérer le partage et nullement pour indiquer une cause de dissolution de la société. — Affranchies de la limite posée par l'article 815, les associations peuvent fort bien n'avoir d'autres bornes que celles de la vie humaine ;—quant à l'art. 1780, il est absolument étranger à la matière des sociétés (Duvergier, n. 415. Troplong, n. 968.)

Obligations respectives des associés.

Chaque associé est tenu envers la société :

1° De fournir son apport (1845 à 1847) ;

2° De rapporter à la masse ce qu'il a perçu du fonds commun (1848 et 1849) ;

3° Enfin d'indemniser la société du tort qu'il lui a causé par sa faute (1850) et de contribuer aux pertes dans la proportion de la part qu'il eût été appelé à prendre dans les bénéfices (1853).

1845 — Chaque associé est débiteur, envers la société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

Lorsque cet apport consiste en un corps certain, et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur (1).

= Il est conforme à la nature des contrats commutatifs, de déclarer chaque associé débiteur envers la société, à partir de la convention, de ce qu'il a promis d'apporter.

Puisque l'associé est débiteur, les principes généraux relatifs aux obligations de donner ou de faire sont applicables (1136, 1145) :

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, les rapports des associés entr'eux, sont les mêmes queceux d'un vendeur avec l'acheteur ; la propriété est transmise à la société par le seul effet de la convention (1138), sans qu'il soit besoin de tradition ; en cas d'éviction ou de vice redhibitoire, il y a lieu à garantie ; la perte survenue avant la delivrance, est supportée par la société, si l'obligation que l'associé a contractée est pure et simple, et par ce dernier, si elle est subor-

(1) Cette disposition est trop absolue : d'une part, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait lieu à garantie, que la société ait été préalablement mise en possession de l'apport : la garantie est due, quoique l'objet n'ait été déterminé dans l'origine que par son espèce. — D'autre part, il n'est pas rigoureusement exact de dire que la garantie en matière de société est semblable à celle qu'un vendeur doit à son acheteur.

donnée à une condition suspensive (1182) ; enfin entre la société et le tiers à qui l'associé aurait vendu ou transmis la chose qui devait former sa mise, la préférence se règle par la date du titre, s'il s'agit d'immeubles (1) ; et par la maxime : *en fait de meubles,* etc. (2279), quand il s'agit d'un meuble.

Les associés sont en outre soumis, en ce qui touche la délivrance de leur apport, aux dispositions générales du contrat de vente ; notamment à celles qui règlent la manière de l'opérer, le temps et le lieu où elle doit être faite, les conséquences de la mise en demeure et celles du retard.

Lorsque l'apport consiste en usufruit, la société n'a sur les biens qui en sont l'objet, que les droits d'un usufruitier. — L'associé nu-propriétaire se trouve encore dans la position d'un vendeur : il doit garantie (2).

Ne confondons pas ce cas avec celui où l'apport consisterait dans la promesse de faire jouir la société d'un corps certain : on considérerait alors l'associé comme un bailleur, et la société comme un preneur (*voy.* art. 1851) (3).

Lorsque ce ne sont pas des corps certains et déterminés qui ont été promis, mais bien une certaine quantité de blé, de vin, ou des corps soit indéterminés, soit déterminés seulement par leur espèce, ces questions ne peuvent naître ; car *genus non perit* : l'associé doit toujours réaliser sa mise. La mise effectuée, on applique la règle : *res perit domino.*

Dans les sociétés universelles, l'éviction d'une chose comprise dans l'apport de l'un des associés ne donne pas lieu à garantie ; car l'associé ne spécifie rien : sa position est semblable à celle du vendeur d'un droit héréditaire : il se borne à faire l'apport des droits qu'il possède, sans en garantir l'efficacité (1696).

Les fruits produits par les choses qui composent les mises, appartiennent à la société à partir du jour où elle est devenue propriétaire.

En cas de retard dans la délivrance, si l'associé a été mis en demeure, il doit indemniser la société de tous les fruits qu'elle aurait pu percevoir. S'il n'a pas été mis en demeure, il ne doit compte que des fruits qu'il a perçus indûment.

Notre article déclare l'associé dont l'apport consiste en un corps certain, garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur : cependant, l'assimilation n'est pas complétement exacte ; cette disposition de l'article 1845, deuxième alinéa, est trop générele : — En effet, aux termes de l'article 1625, le vendeur est garant de l'éviction et des vices rédhibitoires.

(1) Aujourd'hui par la transcription (loi du 23 mars 1855).
(2) Delv., p. 228, t. 3. Duvervier, n. 167.
(3) Duvergier. n. 168. Delangle, n. 82.

En cas d'éviction, il doit : 1° prendre fait et cause pour l'acheteur ; 2° l'indemniser lorsque l'éviction a eu lieu.

Assurément, l'une et l'autre obligations pèsent sur l'associé : mais des différences résultant des caractères propres à la vente et à la société se manifestent quand il s'agit de régler le mode d'indemnité; ainsi : l'acheteur évincé a le droit d'exiger du vendeur la restitution du prix qu'il a payé; dans la société, il n'y a pas de prix : les associés ne reçoivent pas une somme d'argent en échange de leurs mises ; l'équivalent de leur apport ne consiste, pour chacun d'eux, que dans la copropriété du fonds commun et dans le droit de participer aux bénéfices qu'elle procurera : par conséquent, en cas d'éviction, les règles de la garantie en matière de vente ne sont point applicables ; il y a seulement lieu, pour les coassociés, de faire prononcer la résiliation du contrat, et d'exiger des dommages-intérêts, lesquels comprendront les fruits qu'ils seront tenus de restituer et les frais d'actes ou de justice.

Rappelons ici, que dans le cas d'éviction d'une partie de l'apport, le juge n'accorde pas toujours la résiliation : il examine quelle est l'importance relative de cette fraction, eu égard à ce qui reste : Si elle est telle qu'il soit évident que les associés n'auraient point accepté la chose dans l'état où elle se trouve, la dissolution doit être prononcée; dans le cas contraire, le contrat est maintenu : mais l'associé encourt naturellement des dommages-intérêts (1637).

Au lieu de condamner l'associé à des dommages-intérêts, en cas d'éviction partielle, les tribunaux pourraient-ils se borner à réduire la part qui est attribuée à cet associé par l'acte de société ? Le juge doit user de son autorité pour contraindre les parties à remplir leurs engagements; mais il n'est point en son pouvoir de modifier les conventions : ces modifications nécessitent l'accord de toutes les parties contractantes.— Remarquons, d'ailleurs, qu'il y aurait souvent injustice à retrancher, par ex., le 1/4 des droits de l'associé dans les affaires communes, par cela seul qu'il serait évincé du quart de sa mise; car les bénéfices ne sont pas toujours en rapport avec la mise : « Ce serait, dit avec raison Duvergier (n. 163) accorder souvent à la société, tantôt trop, tantôt trop peu. » — Concluons de là, que les tribunaux doivent se borner à prononcer des dommages-intérêts, et que l'associé conserve tous les droits qui lui sont assurés par le contrat, dans le fonds social et dans les bénéfices.

Il nous paraît hors de doute, que l'associé aurait le droit d'offrir à la société, en remplacement de la chose dont elle est évincée, une autre chose exactement semblable, ayant les mêmes qualités (1).

La garantie accordée à l'acheteur pour vices rédhibitoires est-elle applicable en matière de société? Les vices rédhibitoires donnent

(1) Duvergier, n. 163 et suiv.

lieu à deux actions : 1° à l'action *rédhibitoire* proprement dite pour faire prononcer la résolution du contrat ; 2° à l'action *quanti minoris*, au cas de diminution du prix :

La première peut être donnée contre l'associé ; mais il n'est pas soumis à la seconde : d'ailleurs, il n'a pas reçu un prix pour équivalent de sa mise ; mais le droit de prendre part au fonds social et aux bénéfices : réduire le droit de l'associé, ce serait porter atteinte au contrat de société. — Ainsi que nous l'avons déjà dit, la solution avec dommages-intérêts est tout ce que l'on peut demander contre lui, s'il ne remplit pas tous ses engagements.

— Les articles du Code civil, qui déterminent les obligations du vendeur d'un immeuble dont la contenance est déclarée au contrat, s'appliquent-ils à l'associé qui a promis pour son apport un immeuble avec détermination de la contenance ? — Les règles déterminées par ces articles, dit Duvergier, n. 156, sont spéciales à la vente : sans doute, la vente et la société ont quelques effets semblables : ainsi, de même que le vendeur transmet la propriété de la chose vendue ; de même chaque associé transmet à ses coassocié la propriété de sa mise : mais sous tous autres rapports, on rentre dans la règle générale : or, suivant cette règle, celui qui s'est obligé de donner une chose, doit la donner telle qu'il l'a promise, et par conséquent avec la contenance qui a été déterminée dans le contrat. Si le vendeur jouit d'une certaine latitude, ce n'est que par exception : or, les exceptions sont de droit étroit. — Nous pensons néanmoins que l'art. 1619 doit recevoir ici son application : la loi déclare que l'associé est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur : l'assimilation établie entre le vendeur et l'associé, pour la garantie en cas d'éviction, autorise l'assimilation en cas de déficit ou d'excédant de la contenance indiquée. (Dur., n. 393 ; Troplong, n. 534.)

1846 — L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée.

Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier ;

Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

= Le contrat de société est du nombre de ceux que les Romains appelaient *contractus bonæ fidei*, pour faire entendre, qu'il est soumis principalement aux règles de l'équité. Comme ce contrat a essentiellement pour but l'intérêt commun des associés, il serait injuste d'admettre l'un d'eux au partage des bénéfices produits par la mise des autres, s'il n'effectuait pas la sienne.

Ces considérations ont motivé deux dérogations aux règles générales établies par l'art. 1563 :

1° Les intérêts ne courent en principe qu'à partir du jour de la

mise en demeure (1153) : le Code les fait courir de plein droit, sans demande, et même sans sommation, à compter du jour de l'échéance du terme.

Il faut appliquer la règle en sens inverse, nonobstant le silence de notre texte, au cas où des sommes auraient été avancées par l'un des associés pour les affaires de la société : les intérêts courraient de plein droit à son profit (Dur. n. 411).

Par application du même principe, nous déciderons, que si l'un des associés a laissé sa part de bénéfices dans la caisse sociale, tandis que son coassocié a retiré la sienne ; cette somme est productive d'intérêts (1).

2° Les dommages-intérêts, lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, ne peuvent consister que dans l'intérêt légal (1153) : en matière de société, la prestation des intérêts ne dispense pas de plus amples dommages-intérêts, *s'il y a lieu ;* c'est-à-dire, si ce retard a empêché la société de faire une opération importante, ou lui a causé des frais de la part des créanciers.

Pourquoi cette rigueur en matière de société ? celui qui s'oblige purement et simplement à payer une somme d'argent, n'a pas l'intention de procurer au créancier plus d'avantages que ceux qui résultent ordinairement de la jouissance d'un capital ; d'ailleurs, pressé par la nécessité, il promet souvent plus qu'il ne peut tenir : la loi devait le traiter avec indulgence. — Mais rien n'oblige à contracter une association : en ce cas, la loi doit user de sévérité contre celui qui ne remplit point les obligations qu'il s'est volontairement imposées ; car il a trompé la légitime attente de ses co-associés, et les a privés de bénéfices supérieurs à l'intérêt légal : il est juste de le punir, en le soumettant à l'obligation de payer une indemnité complète.

Les mêmes dérogations sont applicables, lorsque l'un des associés a tiré des sommes, de la caisse sociale, pour ses affaires particulières : l'associé qui s'est servi des fonds de la société pour son propre avantage, a méconnu les devoirs que lui imposait son mandat (1996) ; il peut même avoir mis la société dans l'impossibilité d'entreprendre une bonne opération.

Toutefois, la loi ne lui impose l'obligation de servir les intérêts (2), qu'à partir du jour où il a employé les fonds à son profit : mais elle présume que cet emploi a eu lieu par cela seul que la somme a été prise dans la caisse sociale ; sauf à l'associé à prouver qu'elle est restée entre ses mains (3). L'art. 1996 consacre le même principe.

Observons, que ces règles sont restreintes aux sociétés particu-

(1) Cass. 25 mars 1839. Pal. 1843, 2, 408.
(2) Duvergier, n. 154. 155 et 346.
(3) Delangle, n. 158 et suiv. Zach. § 381 n. 7. Cass. 22 mars 1813.

lières : dans les sociétés universelles, l'associé ne doit les intérêts que du jour de la dissolution; ceux qui sont échus durant la société, tombent dans le passif social, comme charge des revenus de l'associé. — Le texte est formel à cet égard en matière de communauté conjugale (Pothier, n° 119).

Il s'agit évidemment dans l'art. 1846, des sommes qu'un associé doit en sa qualité d'associé, et non de celles qu'il peut devoir comme tiers : par exemple, si la société lui avait passé bail d'un immeuble et qu'il fut en retard de payer les arrérages, évidemment, il ne devrait l'intérêt que du jour de la demande.

Notre article suppose, ne le perdons pas de vue, l'existence d'un être moral, c'est-à-dire, qu'il y a une caisse sociale : une série d'opérations isolées, même accomplies de concert, soit conjointement, soit séparément, au moyen de procurations données par l'une des parties à l'autre, ne présenteraient que les caractères d'une association en participation (48, C. de comm.). — Jugé par suite, qu'en pareil cas, les capitaux employés par l'un des associés à son profit personnel, ne produisent pas de plein droit des intérêts à partir de cet emploi, et qu'ils ne courent qu'à partir du jour de la demande (1).

Lorsque le gérant d'une société ne peut justifier de l'emploi des fonds sociaux, il est censé, jusqu'à preuve contraire, les avoir employés à son profit, à partir du jour où il en a eu le maniement; en conséquence, il doit les intérêts de ce déficit, indépendamment de toute demande judiciaire, sauf à lui à établir, qu'il s'est servi des fonds pour l'intérêt commun (Cass., 22 mars 1813).

Si l'apport de l'un des associés consiste en une chose frugifère, cet associé doit, sans mise en demeure, à partir du jour où la société s'est constituée, les fruits qu'il a perçus et ceux qu'il a manqué de percevoir (Arg. de l'art. 1614. Dur. n. 399).

1847 — Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société (2).

= L'associé doit à la société tout le temps et toute l'activité qu'exige le développement de l'industrie qui constitue son apport : cette obligation accomplie, libre à lui de se livrer à d'autres industries. — Il peut même, dans quelques cas rares, faire des travaux ou des

(1) Delangle, n. 618. Poitiers, 15 mai 1821. Cass. 15 juillet 1846. D. p. 46, 273. Rennes, 28 janvier 1856. D. p. 56, 2, 182, 11 mars 1857. D. p. 57, 1, 303.

(2) On reproche à cette disposition : 1° de ne pas déterminer avec assez d'exactitude les effets de l'obligation de l'associé dont l'apport consiste en une industrie ; 2° de ne point même faire pressentir les exceptions qui existent au principe qu'elle établit (*Voy.* Duvergier, n. 211.

opérations de la nature de ceux qu'il a promis d'exécuter dans l'intérêt commun, pourvu que ses coassociés n'en souffrent pas.

Ex.: Un associé pour le commerce de draps, doit tenir compte de tous les gains qu'il a faits par ce genre de commerce : mais les bénéfices que lui procurent certains talents d'agrément, qu'il exerce dans ses moments de loisir, lui restent propres. — L'un des associés s'est engagé à tenir les livres de la société : rien ne s'oppose à ce qu'il accomplisse les mêmes travaux pour son compte personnel, dans d'autres établissements, pourvu que la société n'en souffre pas. — Plusieurs personnes se sont associées pour assurer un ou plusieurs navires déterminés : elles peuvent, en dehors de cette association, assurer d'autres navires.—mais, nous le répétons, si un associé a négligé les affaires communes pour se livrer à celles qui lui sont propres, il doit indemniser la société, non-seulement de la perte qu'elle a éprouvée; mais encore du gain qu'elle a manqué de faire (1).

Les maladies, l'exercice de quelques droits politiques et autres circonstances majeures, sont des raisons suffisantes d'excuse.

1848 — Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances; encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière : mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée.

= La loi exige de chaque associé, une équitable transaction entre son intérêt propre et l'intérêt social; elle ne lui permet pas, lorsque les positions sont égales, de s'attribuer exclusivement le bénéfice d'un acte qui peut être également utile à la société : les art. 1848 et 1849 sont fondés sur ces considérations.

Lorsqu'un associé, créancier pour son compte particulier, d'une personne qui est également débitrice de la société, reçoit une somme en paiement, peut-il conserver cette somme? doit-il en opérer proportionnellement la répartition sur l'une et l'autre créance? doit-elle être imputée sur la créance sociale? Tels sont les trois points que l'article 1848 a pour objet de régler.

Nous ferons, avant d'aborder toute explication, deux remarques importantes :

(1) Duvergier, n. 211. Dur. n 400. Troplong, n. 548 et 549. Lyon, 18 juin 1856. D. p. 57, 2, 71.

1° L'art. 1848 règle uniquement le cas où, à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'action des associés est simultanée (1859) : — Lorsqu'un administrateur a été nommé, lui seul a le droit de stipuler pour l'intérêt social; les autres associés ignorent, ou sont censés ignorer si la société est créancière de leur propre débiteur : pourquoi donc les obligerait-on à imputer, en totalité ou en partie, sur la créance commune, le paiement qu'ils ont reçu? Comment assujettir ceux qui ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales, à une règle qui présuppose l'obligation d'administrer? — Vainement dit-on « qu'un associé quoique non gérant, a toujours mission pour faire le bien de la société (1) » : « C'est là tomber dans la plus évidente contradiction, dit fort bien Duvergier; c'est dire qu'un associé n'a pas la faculté d'agir et qu'il en a l'obligation; qu'il y a pour lui devoir de faire ce qui lui est défendu; en un mot, qu'il ne peut et qu'il doit (2). »

2° L'article 1848 a pour but de redresser l'imputation égoïste faite par l'associé sur sa propre créance; il ne règle pas le cas où cette imputation a été forcée : si le débiteur usant du droit que lui confère l'art. 1253, a déclaré qu'il entendait se libérer envers l'associé, cette déclaration produira donc ses effets, *même à l'égard de la société*, quand même la créance ne serait pas exigible, bien que celle de la société fût échue.—Suivant Duvergier (n° 335), le paiement doit s'imputer en entier sur la créance exigible et de répartir sur l'une et sur l'autre, si l'époque de l'exigibilité est arrivée pour toutes les deux :

« Ainsi le veut la loi, dit-il : c'est une assez dure condition pour l'associé, mais on conçoit les motifs pour lesquels elle lui est imposée: On a lieu de craindre que la préférence n'ait été sollicitée par l'associé; qu'il ne se soit entendu avec le débiteur, pour obtenir de lui cette affectation à sa créance personnelle : au moyen de la répartition dont l'art. 1848 fait une nécessité, toute combinaison semblable devient impossible. D'ailleurs, on donne à l'associé, en échange de ce qu'il perd, une part de droits semblables aux siens, aussi avantageux, aussi facilement recouvrables (3). » — C'est là créer une disposition légale et méconnaître non-seulement l'esprit, mais encore le texte même de l'art. 1848 : sur quel article se fonde-t-on pour décider que dans le cas prévu, où l'imputation est faite par le débiteur, la somme payée doit être néanmoins répartie proportionnellement sur la créance sociale? Pourquoi ajouter aux termes de l'art. 1153?—Dans le système que nous venons d'exposer, l'associé retrouvera sans doute, lors de la liquidation, le montant des versements qu'il aura effectués; mais il ne sera pas moins dans la né-

(1) Dur. n. 401. Delangle, n. 170 Malpeyre et Jourdain, n. 106.
(2) Duvergier, n. 341. Pardessus, t. 4 n. 1018. Troplong, n. 558.
(3) *Voy.* dans le même sens Dur. t. 17 n. 401. Malpeyre et Jourdain, n. 106.

cessité d'attendre pendant plusieurs années, si le terme de la dissolution est encore éloigné : dans l'intervalle les affaires sociales pourront péricliter : lui rendra-t-on alors le cautionnement, l'hypothèque et les autres droits qui garantissaient sa créance? — Les associés ne sont pas tenus de faire abnégation de leurs propres intérêts pour enrichir la société; aucun texte ne leur impose ce sacrifice; une semblable disposition serait inique.

Il faut excepter, bien entendu, le cas de fraude : si l'on prouvait que le paiement n'a pas été spontané de la part du débiteur; que le créancier l'a obtenu par surprise, par des menaces, ou par tout autre moyen de contrainte morale, on retomberait alors sous le coup de la disposition de notre article, lequel, ainsi que nous l'établirons, prévoit uniquement le cas où l'imputation aurait été faite par l'associé, sur sa propre créance, à défaut d'imputation faite par le débiteur. — La fraude se présumerait, si le débiteur avait plus d'intérêt à éteindre la créance sociale que celle de l'associé. — Il s'agit, comme on le voit, d'une question de fait : le juge prononce eu égard aux circonstances (1).

Par suite du même principe, nous déciderons que si l'extinction de la dette avait eu lieu par l'effet de la compensation légale (1289), la société ne pourrait prétendre à une part proportionnelle de la somme reçue fictivement, puisque le paiement aurait eu lieu même à l'insu de l'associé (2).

Quelle a donc été la pensée du Législateur? Il est facile de reconnaître, à la simple lecture de notre texte, qu'il a prévu le cas où le créancier, cédant à un sentiment égoïste, et méconnaissant ses devoirs envers la société, aurait imputé sur sa propre créance le paiement de la somme qu'il aurait reçue : « La bonne foi disait M. Treilhard (3), ne permettait pas qu'il s'occupât moins de la créance de la société que de celle qui lui était personnelle. » — M. Boutteville exprimait ainsi la même pensée : « Si en recevant des à-comptes sur plusieurs dettes, un créancier fait telle ou telle imputation, le débiteur seul peut l'agréer ou la contredire, en acceptant ou refusant la quittance; les imputations qu'il fait dans ses quittances, peuvent tourner au profit, jamais au détriment de la société (4). »

Ces préliminaires posés, l'interprétation de l'art. 1848 ne peut donner lieu à aucune difficulté :

Lorsque les deux créances sont exigibles, la loi veut que l'imputation de la somme payée se fasse au *prorata* sur l'une et sur

(1) Troplong, n. 559. Delv. t. 3 p. 231. Pardessus, Dr. comm., t. 4 n. 1016. Delangle, n. 168. Duvergier, n. 336.

(2) Duvergier n. 339.

(3) Fenet, t. 14 p. 399.

(4) Fenet, t. 14 p. 409

l'autre ; elle ne permet pas à l'un des contractants, de toucher le montant de sa propre créance, tandis que la créance sociale resterait exposée aux retards, et même aux risques de l'insolvabilité.

Ex. : Pierre est débiteur d'une somme de 1,000 fr. envers la société ; il me doit en outre 500 fr. : je reçois à compte, sur ma créance personnelle, 300 fr. : la société pourra m'astreindre à lui remettre les deux tiers de cette somme : 200 fr.

Remarquons toutefois, que la loi s'attache à *l'exigibilité :* si l'une des créances seulement est exigible, l'imputation se fera donc en entier sur cette créance (1); de telle sorte que l'associé créancier pourra ne rien recevoir si sa créance n'est pas encore exigible.

En supposant même que l'époque de l'exigibilité soit arrivée pour les deux créances, si le débiteur a plus d'intérêt à se libérer envers l'associé qu'envers la société; par exemple, s'il est soumis, pour la première dette, à la contrainte par corps, ou si cette dette est productive d'intérêts, tandis que l'autre n'en produit pas, l'associé, qui est réputé payé en entier à l'égard du débiteur ; qui, par conséquent, se trouve privé de tous les avantages attachés à son titre, ne saurait être soumis, sans qu'il y eût injustice, à souffrir la répartition de ce qu'il a reçu, entre sa créance et celle de la société : sans doute, la loi veut que l'associé veille aux intérêts sociaux comme aux siens propres ; mais elle ne prétend pas lui imposer le sacrifice d'une partie de ses droits et de ses avantages légitimes : c'est cependant ce qui arriverait, si on l'astreignait à recevoir, pour la fraction qui lui resterait due, une autre créance moins utile et moins certaine : en ce cas, il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'art. 1848 (2).

Les mêmes règles s'appliquent au cas de payements faits avant l'exigibilité des dettes (Duvergier, n. 337).

S'il n'y a pas eu d'imputation faite soit par le débiteur, soit par le créancier, on applique les règles de l'imputation légale (1256). — Il faut moins s'attacher à la lettre du texte qu'à son esprit; ces mots : l'*imputation de ce qu'il reçoit du débiteur*, etc., ne rendent pas d'une manière exacte la pensée du Législateur.

Les obligations de l'associé envers la société ne sont pas réciproquement imposées à la société envers l'associé : en conséquence, lorsque l'associé impute la somme payée sur la créance de la société, cette somme est définitivement acquise à la société; il n'y a pas lieu d'en faire la répartition entre la créance sociale et celle de l'associé, créancier personnel du débiteur commun.

1849 — Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu

(1) Duvergier, n. 334.
(2) Delv. t. 3 p. 231, notes. Duvergier, n. 338. Troplong, n. 559.

insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance *pour sa part*.

= Cette disposition est fondée sur les mêmes motifs que la précédente, et en outre, sur cette considération, que les droits des parties ne cessent d'être indivisibles qu'au moment où la société prend fin : il peut arriver que, par suite de circonstances malheureuses, l'actif social soit nul au moment de la liquidation, et qu'il y ait même *déficit :* Dès lors, comment reconnaître à un associé la faculté d'imputer sur de simples espérances, sur des droits purement éventuels, le montant des paiements qui lui sont faits par un débiteur de la société?

En s'attachant à la lettre de l'art. 1849, on pourrait croire que l'associé n'est pas tenu de rapporter immédiatement à la masse commune le montant de ce qu'il a reçu ; que le rapport est subordonné à l'insolvabilité du débiteur : mais tel n'est point l'esprit de la loi : le législateur s'est uniquement proposé, dans cet article, de signaler, par forme d'exemple, l'événement qui le plus souvent donnera lieu aux réclamations des coassociés : les règles qu'il a tracées, sont toujours dominées par le principe fondamental, qu'un associé ne peut préférer ses propres affaires à celles de la masse commune : « L'associé, disait M. Treilhard dans son discours au Corps législatif, doit rapporter à ses coassociés la somme qu'il prétendrait avoir reçue à son profit, et pour sa part, dans une créance de la société » : mandataire légal de ses coassociés, à l'effet d'administrer les affaires communes (1859), il est en quelque sorte, malgré lui, ministre de la société (1).

Notre article suppose qu'il s'agit d'une créance : mais la règle est applicable dans tous les cas où l'associé a retiré un profit d'une chose appartenant à la société : « Si l'un des associés, dit Pothier (*Société*, n° 122), trouvant une occasion de vendre avantageusement les marchandises de la société, au lieu de faire le marché pour le compte de la société, l'a fait pour son compte particulier, en vendant les marchandises de la société, il sera obligé de rapporter à la masse ce qu'il a vendu de plus sa part, que l'autre n'a vendu la sienne. »

Le même auteur décide qu'il en serait autrement, si l'un des associés avait vendu sa part dans une chose de la société qui n'était pas destinée à être vendue pour le profit de la société : cette décision est parfaitement juste ; car en pareil cas, l'associé dispose de la part que lui attribuera le partage après la liquidation de la société : il ne vend pas la chose de la société ; mais son droit éventuel, une

(1) Duvergier, n. 342. Troplong, n. 561.

chose qui lui est propre (1). — Nous ne trouvons rien de contradictoire dans ces deux décisions de Pothier : la dernière est critiquée à tort par Duvergier (n° 342) (2).

La règle qui oblige l'associé au rapport, est fondée, avons-nous dit, sur cette considération, qu'il doit aux affaires de la société les mêmes soins qu à ses affaires propres : elle n'est donc point applicable, lorsque les parties se trouvent en état de communauté : ainsi, le communiste ne devrait pas compte à ses cocréanciers, de la part qu'il aurait reçue dans une créance : chacun, en ce cas, est censé agir pour son intérêt particulier, et à ses risques et périls.

1850 — Chaque associé est tenu envers la société, des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires.

= En donnant ses soins aux affaires de la société, chaque associé remplit un devoir ; en lui procurant des bénéfices par son industrie, il acquitte pour ainsi dire une dette : on conçoit, dès lors, que ces bénéfices ne doivent pas se compenser avec le dommage qu'il a causé par sa faute, « car ils ne sont pas à lui. »

Les associés doivent aux affaires sociales les soins d'un bon père de famille ; c'est-à-dire, une activité et une prudence ordinaires : ils ne se mettraient pas à couvert de toute responsabilité, en se bornant à donner aux affaires communes la même vigilance qu'à celles qui leur sont propres : les actes dont se compose la gestion des biens de la société, doivent être appréciés en eux-mêmes, et non par comparaison avec la gestion des biens personnels de l'associé : ainsi, un associé ne s'excuserait pas en disant : J'ai fait pour la société comme pour moi ; je suis négligent dans mes propres affaires, je puis l'être dans les affaires sociales : on doit supposer que les contractants ont entendu s'obliger les uns envers les autres à être actifs, vigilants, et à faire, dans l'intérêt commun, des efforts qu'ils n'auraient pas faits pour eux-mêmes (3). — Les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances et à la condition des personnes.

— La loi défend d'admettre, en compensation du dommage causé par l'associé, les bénéfices qu'il a procurés à la société dans d'autres affaires : *quid* si ces bénéfices ont été procurés précisément dans la même affaire ? — Il résulte implicitement de ces mots du texte : *dans d'autres affaires*, que la compensation peut avoir lieu ; mais ce cas se présentera bien rarement (Duvergier, n. 331. Dur., n. 403).

(1) Troplong, n. 565. Dur. t. 17 n. 402.

(2) Delv. p. 231 t. 3.

(3) Duvergier, n. 326. Pardessus, t. 4 n. 1017. Troplong, n. 573. *Voy.* cep. Dur. t. 17 n. 403, et Delv. t. 3 p. 232. — Ces auteurs reproduisent la doctrine de Pothier sur la division tripartite des fautes ; ils n'exigent de l'associé que les soins qu'il donne à ses propres affaires

Obligations de la société envers les associés.

1851 — Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société, sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire.

Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société.

Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation.

= Après avoir fait connaître les obligations dont les associés sont tenus envers la société, la loi détermine celles de la société envers les associés.

Ces obligations concernent :

1° La restitution de l'apport, si les choses n'ont pas été mises en propriété dans le fonds social (1851).

2° Les diverses indemnités auxquelles chaque associé peut prétendre (1852).

Lorsque les choses ont été mises en commun pour la propriété, il est évident que la société doit en supporter la perte.

Il va sans dire, que l'associé supporte également la perte survenue depuis qu'il a été constitué en retard d'opérer la délivrance ; à moins qu'il ne soit établi que la chose eût également péri entre les mains de ses coassociés : ce n'est là qu'une application des principes généraux proclamés par l'art 1302.

Rappelons ici, que l'associé est réputé vendeur envers la société, des choses dont il a fait l'apport en propriété : l'art. 1845 ne laisse aucun doute à cet égard :—Par conséquent, sauf quelques modifications nécessitées par la nature du contrat de société . notamment en ce qui touche la garantie, il y a lieu d'appliquer les règles de la vente.

La même observation se présente, lorsque l'apport a pour objet l'usufruit d'un corps certain et déterminé : ce droit est un démembrement de la propriété ; dès lors, il y a lieu d'appliquer les règles établies pour le cas où l'apport consiste dans la propriété même : si la chose périt par cas fortuit ou par force majeure, soit avant, soit après la délivrance, l'associé supporte la perte de la nu-propriété et la société celle de l'usufruit.

Ainsi, la société continue d'exister dans l'un et l'autre cas, nonobstant la perte des apports faits par l'un des associés, pourvu,

bien entendu, qu'elle conserve une base d'action; c'est-à-dire, qu'elle ait encore un capital suffisant pour faire face à ses opérations : — Si la chose qui a péri était essentielle pour l'action de la société, la force des choses entraînerait dissolution. — C'est en ce sens qu'il faut interpréter les art. 1865 et 1867 combinés; autrement, il y aurait antinomie entre ces deux articles.

L'art. 1851 règle la question des risques lorsque les choses n'ont été mises en commun que pour la jouissance : deux cas sont prévus : ces choses sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage (ajoutons, et ne se détériorent pas en les gardant); ou elles sont fongibles :

Au 1er cas, la position de l'associé vis-à-vis de la société, se rapproche beaucoup de celle où se trouve le bailleur : en effet, de même que ce dernier, il doit procurer la jouissance promise; de là résultent les conséquences suivantes : — si la chose périt avant la délivrance, la société ne se formera point, puisque l'apport ne pourra être effectué; — si elle périt après la délivrance, cet événement pourra entraîner la dissolution de la société (1867); — Les risques sont pour le compte de l'associé; la société ne lui doit aucune indemnité, sauf le cas d'abus de jouissance (1851);—l'associé est tenu de faire toutes les réparations que la loi met à la charge du bailleur; — il y a lieu à garantie en cas de trouble (1719 et suiv.) — Mais on remarque cette différence, que l'associé reçoit, au lieu de prix, un droit dans le fonds social et la chance des bénéfices que la société pourra réaliser : « L'associé, dit fort bien Troplong (n° 944), n'est ni tout à fait un vendeur, ni tout à fait un bailleur; il n'a avec eux que des rapports de similitude et point de rapports d'identité. L'associé est et doit être encore sur la même ligne que le vendeur pour le cas d'éviction; mais l'équité ne serait pas satisfaite, si l'on en restait là : Il faut encore que l'associé fasse jouir la société comme un bailleur fait jouir un preneur; parceque l'objet essentiel pour la société est la jouissance » (1).

Ainsi, nous voilà fixés sur le caractère du droit conféré à la société.

Puisque l'associé contracte l'obligation de faire jouir, les risques inséparables de la gestion sont naturellement pour son compte : aucun doute ne peut d'ailleurs s'élever sur ce point, en présence des termes généraux de l'art. 1851 1er alinéa (2).

Si la chose a été dégradée, ou même si elle a péri par l'effet

(1) La loi du 23 mars 1855 soumet à la transcription les baux des immeubles, lorsqu'ils doivent avoir une durée de plus de dix-huit ans, et lorsque l'apport de l'un des associés consiste dans la jouissance d'un immeuble, on doit dès lors observer cette règle si la société est constituée pour plus de dix-huit ans, puisque les rapports de l'associé avec la société sont les mêmes que ceux d'un bailleur avec le preneur.

(2) Dur. n. 406, 352 et suiv. t. 17. Duvergier, n. 187. Troplong, n. 610.

d'une force majeure, la société se trouve affranchie de toute responsabilité : mais elle doit prouver que la perte ne peut lui être imputée, puisqu'elle prétend s'affranchir de l'obligation de restituer : Il ne lui suffirait donc pas d'établir que la perte est arrivée au moment où la chose était employée dans l'intérêt de la gestion.

Rappelons ici une distinction que nous avons faite plusieurs fois ; notamment en matière de louage :

Si le cas fortuit est du nombre de ceux qui sont ordinairement accompagnés de faute ; ce qui a lieu, en cas de vol non qualifié, d'incendie ou de perte, la société doit prouver que le sinistre est arrivé malgré sa vigilance; mais si l'événement exclut toute présomption de faute, par ex. : si des chevaux mis en société ont été pris par une réquisition forcée ; si un bâtiment soumis à la servitude de guerre a été détruit ; si la chose se trouvait dans un vaisseau qui a fait naufrage, la société s'affranchirait de toute responsabilité en prouvant l'événement (1).

Passons à notre deuxième hypothèse :

Lorsque les choses sont de nature à se consommer par l'usage, le droit de jouir se confond avec le droit de propriété : en effet, on ne peut jouir de ces choses sans faire acte de propriétaire ; donc la propriété en a été transmise à la société: — puisque la société est devenue propriétaire, elle doit supporter les risques.

La loi assimile aux choses qui se consomment par l'usage, celles qui se dégradent ou se détériorent en les gardant, comme le linge, les chevaux, les voitures, etc. ; elle ne présume pas, en matière de société, que les parties aient voulu conserver ces risques à leur charge : c'est là une dérogation aux règles établies sur l'usufruit (589) et en matière de bail (1741) : de tels objets n'auraient plus aucune valeur à la fin de la société, dans l'état où ils se trouveraient : comment croire, dès lors, que l'associé ait voulu rester exposé à une semblable chance (Pothier, n. 126).

La société ne pourrait donc, lors de la liquidation, forcer l'associé à reprendre les meubles, objets de son apport social ; car il n'est plus propriétaire de ces choses, mais créancier de leur valeur.

Duranton (n. 409), admet la distinction suivante : Si les meubles ont péri, la société doit en payer le prix ; mais lorsqu'ils ont été seulement détériorés, elle peut forcer l'associé à les reprendre : « La société, dit-il, ne doit répondre que des détériorations causées par un usage forcé et de la perte réelle quelle qu'en soit la cause, pourvu toutefois encore qu'elle ne résulte pas de la faute de l'associé-propriétaire : les dégradations que les objets apportés ont éprouvées sont assurément une perte pour l'associé; mais cette perte est une

(1) Troplong, Société, n. 584. Louage, n. 221, 222, 223, 342, 364, 366, 910, 916, 959, 987, 1088, 1092. — Cette distinction n'est faite ni par Dur., n. 406, ni par Duvergier, n. 187; mais elle est dans l'esprit de la loi.

conséquence de l'usage : or, l'usage ordinaire constitue la mise de l'associé. » Ainsi, Duranton applique, en matière de société, la règle établie par l'art. 589 sur l'usufruit — c'est là une erreur : L'associé ne se trouve point, vis-à-vis de la société, dans la même position que le nu-propriétaire, par rapport à l'usufruitier ; il a perdu la qualité de propriétaire, pour prendre celle de créancier : peu lui importe dès lors, que les objets dont il a fait l'apport existent dans la masse sociale ou qu'ils soient anéantis ; qu'ils aient été détériorés par l'effet de l'usage ordinaire ou par un usage abusif : la règle *res perit domino* exerce ici son empire ; le texte est clair et précis. Pothier (n. 126), ce guide habituel du législateur moderne est formel à cet égard (1). — Evidemment, le mot *risques*, employé par l'art. 1851, est général ; il comprend les détériorations comme les pertes. L'article 1245 du Code civil, relatif au payement des choses qui se trouvent détériorées par la faute du débiteur, n'est pas applicable ici.

Au surplus, ce n'est là qu'une faveur accordée à l'associé : libre à lui de ne pas en user et de reprendre en nature les choses mêmes dans l'état où elles se trouvent : l'article 1851, dans sa disposition finale, lui reconnaît implicitement ce droit, puisqu'il excepte le cas où la chose aurait été estimée (Troplong, n 591).

Lorsque les choses apportées pour la jouissance ont été destinées dès le principe à être vendues ; par ex., s'il s'agit de marchandises destinées au commerce, bien que l'associé se soit borné à déclarer que la jouissance de ces sortes d'objets tomberait seule dans l'actif social, on ne peut douter qu'il ait entendu se dessaisir de son droit comme propriétaire, et devenir simple créancier : les risques passent dès lors au compte de la société ; l'associé est plutôt censé avoir apporté une somme que des corps certains.

Que doit-on décider, si les choses apportées pour être vendues existent encore en nature dans la masse sociale au moment de la dissolution ? Cette circonstance est indifférente : la société n'en est pas moins devenue propriétaire lors de l'apport ; par conséquent, elle doit supporter les risques (2).

Lorsque les choses ont été mises dans la société sur estimation, aucun doute ne peut s'élever sur la question des risques, la volonté des parties est manifeste ; *æstimatio facit venditionem*.

La loi suppose que l'estimation résulte d'un inventaire, parce que ce cas se présente le plus fréquemment ; mais la forme employée importe fort peu : il suffit que l'opération ait été contradictoire entre l'associé et les coassociés, et que l'acte réunisse les conditions voulues par l'art. 1325 (3).

Suivant quelques auteurs (4), quand il s'agit du contrat de so-

(1) Duvergier, n. 179 et suiv. Delv., p. 125, n. 5. Troplong, n. 589.
(2) Dur., t. 17, n. 409. Duvergier, n. 184. Troplong, n. 593.
(3) Duvergier, n. 174. Delv., p. 278. Troplong, n. 597.
(4) Dur., t. 17, n. 409. Duvergier, n. 185, et Troplong, n. 596.

ciété, l'estimation produit un effet qui lui est refusé dans le cas de dot remise au mari (1551) : elle confère à la société, non-seulement la propriété des meubles ; mais encore celle des immeubles dont l'associé apporte la jouissance : l'art. 1851, disent-ils, ne distingue pas. Telle n'est pas notre opinion : le troisième alinéa de l'art. 1851 fait suite au deuxième ; or, dans ce dernier article, le législateur suppose que les apports sociaux sont mobiliers. — D'ailleurs, la loi parle d'un *inventaire ;* ce qui suppose que les choses sont mobilières : on dresse un état des immeubles ; on les estime ; mais on ne les inventorie pas (1).

Il nous reste à dire quelques mots, sur la nature et la quotité des prélèvements que l'associé peut exercer lors de la dissolution de la société, dans les quatre hypothèses prévues par le deuxième alinéa de l'article 1851.

Si les choses sont de celles qui se consomment par l'usage, on applique la règle de l'art. 587 : en conséquence, la société doit restituer une égale quantité de choses de même nature, qualité et valeur, ou leur estimation, *à la fin de la société* (2).—Au premier abord, il paraît extraordinaire que la société ne soit pas tenue de rembourser cette valeur calculée au moment où elle est devenue propriétaire : mais le législateur a considéré, qu'on ne peut jouir des choses dont il s'agit sans en disposer, et qu'il y a lieu, dès lors, d'appliquer les règles établies sur le prêt de consommation (1903).

Si les choses comprises dans l'apport social sont de nature à se détériorer en les gardant, il faut, suivant Troplong (n. 590), considérer leur valeur non au moment de la dissolution de la société ; mais au moment où la société s'est constituée : « Il n'y a pas lieu, dit-il, de raisonner ici par analogie de l'article ; l'assimilation n'est exacte que sous le rapport des risques ; c'est aller trop loin que de mettre sur la même ligne les choses qui se consomment par l'usage et celles qui se détériorent en les gardant ; les choses fongibles peuvent être remplacées par d'autres d'égale quantité, valeur et qualité. » — Cette raison n'est pas concluante : on peut dire pour les choses susceptibles de se détériorer par l'usage, ce que la loi dit pour celles qui sont susceptibles de se consommer : la société pourrait s'en procurer d'autres. — Au surplus, un seul et même texte règle l'un et l'autre cas : en présence des termes généraux et absolus de la loi, toute distinction serait arbitraire (3).

Si les choses sont destinées à être vendues, l'apport social consiste dans le prix de vente : c'est donc ce prix, que l'associé peut réclamer ; la société en a eu la jouissance (4). — En cas de perte survenue

(1) Malpeyre et Jourdain, n. 73.
(2) Troplong, n. 586.
(3) Dur. n. 409 t. 17. Duvergier, n. 183.
(4) Troplong, n. 592. Duvergier, n. 184. Dur. n. 409.

avant la vente, on doit appliquer la règle établie par l'art. 868, laquelle porte, que « le rapport du mobilier se fait sur le pied de la valeur du mobilier lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte, et à défaut de cet état, d'après une estimation par experts à juste prix et sans crue. » — Assurément, l'estimation sera difficile dans ce dernier cas; mais les experts procèderont d'après des indices et des présomptions (1).

Si la chose apportée pour la jouissance a été estimée, l'associé ne peut réclamer que le montant de l'estimation : le dernier alinéa de l'art. 1851 est formel.

Lorsqu'une chose est mise en commun, sans autre explication, il est souvent difficile de reconnaître si l'apport consiste dans la propriété, ou s'il consiste seulement dans la jouissance : le juge doit consulter les termes de l'acte ; ou rechercher, eu égard aux circonstances qui ont accompagné, précédé ou suivi le contrat, quelle a pu être l'intention des parties (2).

Dans le doute, l'apport est censé avoir eu lieu en toute propriété et non pas seulement quant à la jouissance (1851); car tel est le droit commun (arg. de l'art. 1832) : la volonté de restreindre la mise à la jouissance, doit être clairement exprimée.

La difficulté se complique, lorsque les apports sociaux ne sont pas de même nature : *quid*, si l'un des associés a apporté de l'argent, et un autre son industrie ? Ce point était diversement résolu par nos anciens docteurs : les uns décidaient que la propriété de l'argent était acquise à la masse sociale ; que la mise en industrie de l'un des associés équivalait à l'apport en capitaux des autres : celui, disait-on, qui a conféré son industrie ne la retire pas ; donc, le bailleur de capitaux ne doit point retirer son capital : les capitaux et l'industrie doivent suivre la même condition ; autrement, l'égalité serait blessée. — Mais des auteurs non moins graves enseignaient que l'industrie correspondait non aux capitaux apportés, mais à leur usage, à l'intérêt de ces capitaux, au profit qu'ils pouvaient procurer : Quel est le but de la société ? disaient-ils. De réaliser des bénéfices : les capitaux, en d'autres termes, les instruments au moyen desquels on parvient à réaliser ces bénéfices ne sont donc pas en commun ; il faudrait du moins une stipulation expresse. Sans doute, l'associé travailleur ne retire pas son travail comme l'autre associé retire son argent : mais quelles différences ! L'argent peut se rendre, le travail s'évanouit. — C'est ainsi qu'on le comprend dans le cheptel : à l'expiration du bail, le propriétaire reprend son troupeau.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que le premier système doit prévaloir sous le Code ; selon nous, l'art. 1851 a renversé complète-

(1) Dur. n. 409. Duvergier, n. 184. Troplong, n. 593.
(2) Duvergier, n. 196. Troplong, n. 122 et suiv. Dur. n. 408 t. 17.

ment les bases du deuxième : — Aux termes de cette disposition, la société supporte les risques des choses qui se consomment par l'usage, ou qui sont susceptibles de se détériorer, lors même qu'elles n'ont été mises en société que pour la jouissance : l'associé dont la mise consiste en industrie, contribue dès lors à cette perte, puisqu'il prendra d'autant moins dans les bénéfices : donc, il est de toute justice de lui accorder des droits sur le fonds commun.

Ainsi, loin de poser en principe, que si la mise de l'un des associés consiste en industrie, les capitaux de l'autre ne sont engagés que pour la jouissance, il faut reconnaître, que la mise en industrie correspond, à moins de stipulation contraire, à la mise en capitaux effectuée par les autres (1), et que tous ont des droits sur le fonds social. — Telle était l'opinion de Pothier : il admettait, que la mise en argent, entrait dans la société, comme la mise en industrie, pour la pleine propriété ; que l'associé possesseur de fonds ne peut prélever son capital avant partage, qu'en vertu d'une clause expresse qui lui confère ce droit. — Du reste, nous le répétons, le juge doit avoir égard aux circonstances ; il s'agit, avant tout, d'une question d'intention.

La même règle est applicable, lorsque les apports sont de diverses natures ; par ex., si l'un des associés apporte une maison, un autre des meubles, un autre de l'argent, un autre son industrie : toutes ces mises forment une masse qui appartient à l'être moral, appelé *société*. Chaque associé a des droits sur cette masse dans les proportions déterminées par l'art. 1853 (2).

Nous irons plus loin : l'inégalité dans les apports n'est pas même une raison suffisante pour faire admettre que les mises sont restreintes à la jouissance des biens apportés : sans doute, cette inégalité pourra donner lieu à un partage inégal des bénéfices et des pertes (1853) ; mais les contractants ne seront point placés pour cela en dehors du droit commun (3).

Quid, s'il est dit que les parties n'entendent s'associer que pour les profits et pour les pertes ? En ce cas, elles manifestent clairement l'intention de ne mettre en commun que la jouissance de leurs mises (4).

Quid, si les associés stipulent qu'ils prélèveront l'intérêt de leurs mises à 5 ou 6 0/0 avant tout partage de bénéfices ? Cette clause ne détruit point la présomption légale de copropriété du fonds commun. — La décision contraire entraînerait des conséquences iniques, car elle blesserait le principe d'égalité : en effet, où seraient les avantages de l'associé qui n'aurait qu'un apport en industrie, si les bénéfices n'avaient procuré qu'une somme suffisante pour payer les

(1) Troplong, n. 124, et 127. Duvergier, n. 204 et suiv.
(2) Troplong, n. 126.
(3) Duvergier, n. 200.
(4) Duvergier, n. 201 et 202.

intérêts? Cet associé perdrait le fruit du travail de plusieurs années (1).

Quid, si le capitaliste s'est réservé le droit de prélever l'intérêt de ses fonds, et l'industriel un salaire pour son travail? — Les mises sont alors bornées à la jouissance des apports: le capitaliste est censé avoir prêté ses fonds, et l'industriel avoir loué son travail à l'être moral appelé société. — Le fonds commun consistera dans la quotité qui excédera la valeur locative des apports (Duvergier, n. 208).

Celui qui a procuré son travail à la société viendra-t-il au partage du fonds social, s'il n'a pas satisfait complétement à ses obligations? Il ne viendra au partage, qu'en proportion du temps qu'il aura donné à la société (Duvergier, n. 209).

Nous venons de voir, que la position des associés varie, selon que la propriété ou seulement la jouissance a été mise en commun: les différences que nous avons signalées ne sont pas les seules qui résultent de la nature de l'apport: ainsi, la perte des choses apportées en toute propriété, n'entraîne pas, du moins ordinairement, la dissolution de la société; il en est autrement, lorsque la jouissance seule a été mise en commun. — L'associé qui a mis la chose en toute propriété dans la société, ne peut, lors de la liquidation, prélever sa mise en nature; il n'a droit qu'à une part dans le fonds commun: celui qui n'a fourni que la jouissance et qui ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels que nous avons examinés, reprend sa chose, si elle existe encore en nature dans la société. En cas de perte il peut en exiger le prix (2).

1852 — Un associé a action contre la société, non-seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion.

= Après avoir déterminé dans l'article précédent, les droits des associés contre la société, à raison de la nature de leurs apports ou des stipulations que renferme le contrat, la loi s'occupe des créances qu'ils peuvent avoir contre la société, à raison de leur participation active aux affaires communes. Les règles que nous allons parcourir, sont fondées sur le principe que l'associé est censé avoir agi comme mandataire de la société.

Tout associé doit être indemnisé:

1° Des sommes qu'il a déboursées de *bonne foi* pour la société: — c'est au principe des dépenses qu'il faut s'attacher pour en ap-

(1) Duvergier, n. 206.
(2) Pothier, n. 140 et 141. Delv. t. 3, p. 228, notes. Duvergier, n. 177 et suiv.

précier l'utilité : si cette cause est juste, l'indemnité sera due, lors même qu'un autre aurait pu faire des dépenses moindres; lors même que, par suite d'un événement ultérieur, la société n'en aurait tiré aucun avantage : — On peut donner pour exemple, le cas où l'un des contractants aurait fait des dépenses pour guérir un cheval qui aurait succombé à la maladie dont il était atteint; celui où l'un des associés aurait fait étayer un bâtiment qui serait ensuite tombé en ruine.

Les intérêts de ces sommes lui sont-ils dus de plein droit, à compter du jour où elles ont été avancées ? Aucun doute ne peut s'élever lorsque les avances ont été faites par un associé-gérant (*voy.* 2001) : — mais devra-t-on admettre la même décision si l'associé n'était pas gérant ? Nous le pensons : De même que la loi fait courir de plein droit contre l'associé les intérêts des sommes qu'il a négligé de verser, au terme fixé, dans la caisse sociale (1846); de même, on doit lui tenir compte des intérêts de ses avances : — *nec obstat* la règle établie dans l'art. 1153 : cette règle souffre exception dans l'espèce. — D'ailleurs, ainsi que nous le verrons (1859), lorsqu'il n'existe pas de gérant, chaque associé reçoit de ses coassociés, mandat tacite de faire tout ce qui sera nécessaire dans l'intérêt commun : il faut donc appliquer ici les principes du mandat (1).

2° Des obligations qu'il a *contractées de bonne foi* pour la société dans la limite de ses pouvoirs : par ex., s'il a vendu un objet destiné à être vendu, appartenant à la société, il peut se faire indemniser des suites de l'action en garantie exercée contre lui.

Par la même raison, l'associé peut se faire indemniser par la société, des poursuites qui ont été dirigées contre lui, s'il a contracté un emprunt pour les affaires communes : toutefois, lorsqu'il a dépassé les limites de son mandat, l'indemnité à laquelle il peut prétendre est restreinte au profit qu'il a procuré à la société (2).

3° Des pertes qu'il a faites par suite des *risques inséparables* de sa gestion : — La société devant recueillir tout le profit, doit supporter tous les risques : *ubi lucrum, ibi et periculum esse debet.*

Par ces mots : *risques inséparables*, la loi veut faire entendre, que la perte ne doit avoir été précédée d'aucune faute ni imprudence de la part de l'associé. — Ex. : un associé entreprend un voyage pour le compte de la société; il emporte dix mille fr., tandis que 1,000 lui suffiraient : des voleurs l'arrêtent et le dévalisent : la société lui remboursera cette dernière somme : elle devra l'indemniser en outre, des dépenses qu'il aura faites pour se guérir s'il a été blessé ; car ce sont là des risques inséparables de sa gestion.

Mais si l'associé, au lieu de suivre la route la plus sûre, avait

(1) Troplong, n. 603. Duvergier, n. 348. Dur. n. 411. Delv. t. 3, p. 229.
(2) Duvergier, n. 349.

pris un chemin notoirement infesté de voleurs, le danger qu'il aurait couru ne serait pas une suite inséparable de sa gestion : loin de pouvoir se faire indemniser, ses coassociés auraient une action contre lui.

Pothier (n. 130) pose la question suivante : « Si l'associé qui avait porté avec lui plus d'argent qu'il ne fallait pour le voyage, en a sauvé une partie des mains des voleurs, ce qu'il a sauvé s'imputera-t-il sur la partie de son argent qui était nécessaire pour le voyage et qui était aux risques de la société, ou sur la partie superflue qui était aux risques de cet associé? Je pense que n'ayant pas de raison de l'imputer plutôt sur l'une que sur l'autre, l'imputation doit se faire sur l'une et sur l'autre par proportion. — Par ex., si un associé qui n'avait besoin que de dix pistoles pour son voyage, en avait porté 30 avec lui et qu'il en eût sauvé 6, la société qui n'était chargée que du risque du 1/3 des 30 pistoles, ne doit profiter que du 1/3 de ce qui a échappé aux voleurs et qu'elle doit, par conséquent, indemniser de 8 pistoles cet associé. »

Le même auteur ajoute (n. 131) : « La société ne doit que l'indemnité des pertes que l'associé a souffertes par une suite naturelle de certains hasards inséparables de la gestion des affaires de la société, auxquels ses associés auraient été exposés comme lui, s'ils se fussent chargés de cette gestion; mais, elle n'est pas obligée de l'indemniser des pertes qu'il a souffertes et dont la gestion des affaires de la société, n'a été qu'une occasion purement accidentelle : par ex., si la société a eu un procès avec une personne qui était amie de l'un des associés et que cette personne, en haine du procès, ait révoqué un legs qu'elle lui avait fait, ou l'ait fait destituer d'une commission qu'elle lui aurait procurée; quoique cet associé ait souffert ces pertes à l'occasion de la société, il n'est pas fondé à prétendre que la société l'indemnise. » — « Pareillement, un associé n'est pas fondé à prétendre que la société l'indemnise de ce que le soin qu'il a apporté aux affaires de la société lui a fait négliger ses propres affaires; car il devait aux affaires de la société le soin qu'il y a apporté, et il en a été payé par la part qu'il a eue ou qu'il a pu avoir dans les profits de la société (1). »

Toutes ces solutions doivent être admises sous le Code.

L'indemnité dûe à l'associé administrateur, peut être réclamée, en cas d'insuffisance du fonds social, contre les autres associés personnellement; sans qu'il y ait lieu de distinguer si cette indemnité a pour cause des avances, des obligations contractées, ou des pertes subies.

Si l'un d'eux est insolvable, la perte résultant de cette insolvabilité se répartit contributoirement entre les associés solvables et le poursuivant.

(1) Pothier, n. 129. Troplong, n. 667. Duvergier, n. 351.

L'associé qui a négligé ses affaires personnelles pour celles de la société, n'a droit à aucune indemnité ; car la perte qu'il éprouve n'est pas une suite directe et inséparable de sa gestion.

Droits respectifs des associés.

Les droits respectifs des associés, se réduisent aux points suivants :

1° Chaque associé peut prétendre à une part dans les bénéfices (1853 et 1854);

2° Il peut répéter toutes ses avances avec intérêts, à partir du jour où elles ont eu lieu, et se faire indemniser des pertes qu'il a éprouvées, par suite des risques inséparables de sa gestion (1852).

3° Il peut associer à ses intérêts une tierce personne, toutefois, sous certaines conditions (1861);

4° Chacun d'eux a le droit de faire des actes d'administration, lorsqu'un administrateur n'a pas été nommé (1859).

5° Enfin, plusieurs autres facultés leur sont conférées par l'art. 1859.

1853 — Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.

A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

= En matière de partage, la convention est la première règle à suivre. — A défaut de stipulations particulières, on distingue : les parties ont toutes effectué des mises réelles, ou quelques-unes ont fait un apport en industrie :

Au premier cas, le montant de l'apport se trouvant déterminé, il est facile de fixer les parts, soit dans le profit, soit dans la perte : les parties sont censées vouloir prendre pour règle l'importance des mises. — Cette fixation présente la même facilité, lorsque l'acte de société détermine seulement les droits de chacun dans le profit : la part dans la perte est alors en rapport avec celle qui est accordée dans les bénéfices (1). — Si l'acte est muet, on doit supposer que les mises sont égales ; en conséquence, le partage des bénéfices et la contribution aux pertes ont lieu par égales portions.

Bien que la loi parle seulement des bénéfices et des pertes, il est

(1) Dur. n. 416, t. 17. Duvergier, n. 340. Dev. 42, 2, 113. Amiens, 27 mai 1840. Pal. 1842, 1, 243.

évident que sa disposition n'a pas un sens restrictif, et qu'elle s'applique en outre au partage de la masse (1).

Comment doit s'opérer le partage, lorsque parmi les associés, l'un a fait un apport en pleine propriété et l'autre un apport en jouissance? Il faut évaluer la jouissance, eu égard aux bénéfices qu'elle a procurés à la société, déduction faite des charges qu'elle a entraînées : l'évaluation a lieu par experts, si les parties ne peuvent ou ne veulent fixer ce point à l'amiable (2).

Rien de plus simple quand il s'agit d'une somme d'argent : l'importance de la jouissance consiste dans les intérêts au taux légal, capitalisés pour toute la durée de la société.

L'exemple suivant donné par Delvincourt, est reproduit par Duranton (n. 427), et par Troplong (n. 616) : « deux individus contractent ensemble une société pour 5 ans : l'un apporte 2,000 fr. l'autre 4,000 fr.: mais ce dernier stipule, qu'il prélèvera 2,000 fr. avant le partage : la mise sera par conséquent de 2,000 fr., plus de l'intérêt des autres 2,000 fr. pendant 5 ans, ou 500 fr. : sa part, soit dans les bénéfices, soit dans la perte, qui eût été des 2/3 s'il avait mis en propriété 4,000 fr., ne sera que de 5/8. »

Doit-on faire entrer comme élément d'évaluation, les risques auxquels la chose apportée en jouissance, a été exposée pendant la durée de la société? La question ne peut s'élever quant aux choses fongibles, ni même quant aux corps certains, dans les divers cas où aux termes du contrat, les risques doivent passer au compte de la société.

En supposant que l'associé ait conservé sur lui les risques, on ne doit pas y avoir égard; car ils sont inappréciables.

Au deuxième cas, la loi règle la part de l'associé industriel, sur celle de l'associé qui a le moins apporté :

Pour que cette règle soit applicable, il faut nécessairement supposer que trois personnes au moins, se trouvent engagées : Si deux personnes seulement avaient formé une société, le partage des bénéfices et des pertes aurait lieu nécessairement par moitié :

Ex. : Trois personnes ont formé une société : l'une a fait un apport de 6,000 fr.; l'autre de 3,000 fr.; la troisième a apporté son industrie : l'actif social s'élève, au moment de la liquidation, à 18,000 fr.: 9,000 fr. seront attribués au premier associé ; le surplus sera partagé entre les deux autres.

Si la dissolution a lieu avant le terme fixé par le contrat de société, on procédera de la même manière.

(1) Dur., n. 417, et Duvergier, n. 204 et suiv.

(2) Duranton (n. 426, t. 17) enseigne d'après Pothier que, sous l'empire du Code, les parts des associés doivent être égales toutes les fois que les mises ne sont pas estimées : l'estimation peut présenter des difficultés sans doute; mais ce n'est pas une raison pour abandonner le principe (Duvergier, n. 225. Troplong, n. 615).

Sur quelle base doit-on régler la part de l'associé qui apporte à la fois, une somme d'argent et son industrie? Cet associé est censé avoir fait une double mise : son industrie est comparée à la mise de l'associé qui a le moins apporté en nature : Il ne serait pas juste, en effet, de prendre pour base l'apport de l'associé industriel; car l'argent ne forme qu'une partie de sa mise : en disant que la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est réglée sur celle de l'associé qui a le moins apporté en nature, la loi exprime clairement, qu'il faut prendre pour base d'évaluation, la mise des autres contractants.—Supposons que l'un des associés ait apporté 1,000 fr. et son industrie, et l'autre 2,000 fr. : il ne faut pas considérer l'industrie, par application de l'art. 1853, comme équivalant à 1,000 fr.; mais comme représentant la somme de 2,000 fr., montant des apports de l'autre associé : en conséquence, l'associé industriel, sera censé avoir apporté 3,000 fr. : il prendra dès lors les 3/5 des bénéfices; tandis que l'associé qui n'a fait qu'un apport réel, n'aura droit qu'aux 2/5 (1).

Puisque l'associé dont la mise consiste en industrie , a une part dans la masse sociale, sauf toute stipulation contraire (*voyez* art. 1855), on doit mettre à sa charge personnelle une partie des dettes : vainement cet associé dirait-il, qu'il n'a entendu hasarder que son temps et son industrie : les autres seraient fondés à lui répondre, qu'eux-mêmes ne comptaient engager que leurs apports en capitaux; que la nature des apports ne doit avoir aucune influence sur leur position respective, et que l'art. 1853 place sur la même ligne tous les associés sans distinction.

En principe, la part de chacun dans les bénéfices et dans les pertes, ne doit être calculée qu'à la fin de la société ; parce que c'est seulement alors, qu'il est possible d'embrasser toutes les opérations : mais les parties contractantes sont libres de convenir que le partage aura lieu à certaines époques, par ex., à la fin de chaque année : leur intention à cet égard se présume, lorsqu'il s'agit de matières commerciales, ou lorsque les sociétés civiles ont pour objet des choses dont les fruits sont annuels.—On procède ainsi dans les sociétés de cheptel et dans le bail à colonage.

Quid, dans l'espèce suivante : Les associés n'ont inséré dans le contrat aucune clause sur la fixation des parts; mais ils sont convenus *depuis*, de les faire régler par un tiers désigné : si ce tiers ne veut ou ne peut faire l'opération, la société sera-t-elle nulle *ab initio?* — « La nouvelle convention, dit Duvergier (n. 249 et suiv.) s'est unie à l'ancienne ; les effets de l'une et de l'autre doivent être arrêtés, comme si tout avait été réglé au même moment et d'un seul jet : or, il est bien certain que si dans l'origine, les parties étaient con-

(1) Dur. t. 17, n. 433, Duvergier, n. 232. Troplong, n. 619. Zach., p. 651.

venues de s'en rapporter à un tiers pour le règlement de leurs droits, la société eût été subordonnée à une condition suspensive; elle serait censée n'avoir jamais existé: à défaut d'accomplissement de cette condition, la société doit être réputée n'avoir jamais existé. »

Nous n'admettons pas ce système : la fixation des parts n'est pas de l'essence du contrat de société, puisque la loi fixe elle-même ces parts à défaut de toute convention : la société réunissait *ab initio*, toutes les conditions voulues pour sa validité ; le sort de ce contrat ne doit donc pas dépendre de l'efficacité des conventions ultérieures ; ce sont là des contrats indépendants l'un de l'autre. — Si les parties ne peuvent s'entendre sur le choix d'un arbitre, ou si l'arbitre refuse la mission dont les parties sont convenues de le charger, on revient aux règles déterminées par la loi.

Il faudrait décider autrement, si les parties, sans désigner le tiers qui serait chargé de fixer les parts, s'étaient réservé, par le contrat même, de faire ultérieurement cette désignation ; en ce cas, le juge prononcerait (1).

Lorsque le tiers a été désigné par le contrat même, s'il meurt avant d'avoir accompli sa mission ou refuse de l'accomplir, les parties se seront trouvées *ab initio*, en état de communauté : il n'y aura pas eu de société : le contrat dépendait d'une condition suspensive qui ne s'est point réalisée (2). (Voyez au surplus nos observations sur l'art. 1592.)

1854 — Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution.

= Les associés peuvent charger, soit l'un d'eux, soit un tiers, de faire le partage : en principe, ce règlement est inattaquable : le cas où il serait évidemment contraire à l'équité est seul excepté ; encore, les réclamations ne sont-elles plus recevables, lorsqu'il s'est écoulé plus de trois mois, depuis que l'associé qui se prétend lésé a eu connaissance du règlement, ou lorsqu'il a commencé à l'exécuter : dans l'un et l'autre cas, il y a eu acquiescement de sa part.

(1) *Voy.* aussi Dur. n. 125, et Duvergier, n. 248.

(2) *Voy.* sur ces divers points Duvergier, n. 245. Dur. n. 425. Troplong, n. 626. *Voy.* cep. Malpevre et Jourdain, n. 143.

Du reste, le réclamant n'est pas tenu d'établir à son préjudice une lésion de plus de moitié (1674); les tribunaux sont appréciateurs des circonstances: par ex., si les mises étaient inégales, il suffirait, pour faire annuler le partage, que le règlement attribuât aux associés des parts égales, même dans le profit: ainsi, l'arbitre chargé de faire les parts ne procède pas comme amiable compositeur.

1855 — La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.

Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.

= Cet article contient deux dispositions : il s'occupe d'abord des conventions relatives aux bénéfices et proscrit en conséquence certaines conventions qui blesseraient l'essence du contrat de société (1832); puis, il règle les pactes relatifs aux pertes : son but principal est de prévenir l'usure.

Les parts, soit dans les bénéfices, soit dans la perte, doivent être en rapport avec l'importance des mises; mais les parties peuvent modifier cet état de choses: la loi se borne à leur interdire les sociétés que les Romains qualifiaient de *léonines*. Elle considère le contrat comme tel :

1° Lorsque l'une des parties est appelée à recueillir *tous les bénéfices;*

2° Lorsqu'elle est affranchie de *toute contribution aux pertes*.

Les sociétés dans lesquelles tous les bénéfices seraient attribués à un seul, ne produiraient aucun effet, lors même que l'on mettrait toutes les dettes à sa charge; car l'autre partie n'aurait aucun intérêt dans l'affaire, ce qui serait contraire au but du contrat de société, qui doit être l'intérêt commun (1833) : une telle convention pourrait constituer un mandat ou un autre contrat, selon les circonstances; mais on ne la considérerait point comme un contrat de société.

Cependant, rien ne s'oppose à ce que l'on attribue à un associé des profits plus considérables qu'aux autres: les deux tiers, par exemple, à l'un, et le tiers à l'autre : ces sortes de stipulations, loin de déroger au principe d'égalité, sont quelquefois un moyen d'établir une égalité plus parfaite, par ex., lorsque l'industrie d'un associé compense l'avantage qu'on lui procure : il suffit alors que l'inégalité proportionnelle ne soit pas tellement considérable, que l'on doive considérer la société comme léonine : L'art. 1855 proscrit les conventions qui attribueraient la totalité des bénéfices à un seul;

mais il n'exige pas que la part dans les bénéfices soit mesurée sur les droits de chaque associé dans le capital (1).

L'associé qui fournit son industrie, peut-il se réserver le droit de prélever soit annuellement, soit à des époques plus rapprochées, une certaine somme sur les bénéfices s'il y en a, quand même les autres associés n'auraient pas l'espoir de trouver, au moment du partage, une somme égale? L'affirmative nous paraît hors de doute : cette convention, en effet, ne porte pas atteinte à la disposition finale de l'art 1855 : l'associé industriel court la chance de perdre son travail, objet de sa mise sociale, puisqu'il ne recevra rien, si la société ne réalise pas de bénéfices (Duvergier nº 263).

Nous supposons, bien entendu, que dans la prévision des parties contractantes, les bénéfices devront dépasser, année commune, la somme prélevée : si les circonstances démontraient, qu'ils n'ont pu, dans le calcul des probabilités, excéder cette somme, la société serait nulle, comme ayant eu pour effet, d'attribuer indirectement à un seul la totalité des bénéfices (1855 1er alinéa) : on ne verrait alors dans le contrat qu'un louage de services (2).

Celui des associés qui apporte son industrie, peut-il se réserver le droit de prélever annuellement sur le fonds social, une somme fixe, alors même qu'il n'y aurait pas de bénéfices? Cette convention ne constitue encore qu'un louage de services pur et simple (3).

Quid dans la même hypothèse d'apport en industrie, si l'associé stipule qu'il pourra exiger une somme annuelle, quand même la société serait en perte, et qu'il viendra au partage des bénéfices, si les affaires prospèrent? Deux contrats se trouvent alors réunis : on doit voir dans le premier, un louage de services et dans le deuxième une société (Duvergier, n. 263).

Le choix dans le mode de partage des bénéfices d'une société peut-il être réservé par l'acte social à l'un des associés? Spécialement, la stipulation qu'un associé dont la mise consiste en industrie, aura la faculté d'opter dans un certain délai, soit pour des appointements fixes et annuels, soit pour une quotité des bénéfices, est-elle valable? — Nul doute que si cette faculté avait dû être exercée par l'associé dans l'origine, le sort de cet associé eût été réglé d'avance pour toute la durée du contrat; c'est à dire, qu'il y aurait eu louage ou société, selon que l'associé aurait opté pour la somme fixée, ou pour une part dans les bénéfices : le doute naît, de ce que l'option se trouve rejetée dans l'avenir. — Pour soutenir que la convention est nulle, on dit que le concours des volontés n'a jamais existé, puisque

(1) Instit. *de societate*, § 1er. Pothier, n. 17. Troplong, n. 631. Duvergier, n. 259.

(2) Duvergier, n. 263. Troplong, n. 649.

(3) Troplong, n. 638 et suiv., 649 et suiv. Duvergier, n. 262 et 263. Dur. n. 420. Zach, t. 3 p. 57. Delv. p. 225, note 4.

l'alternative portait sur l'essence même du contrat; qu'on ne pourrait prétendre que l'option dût produire un effet rétroactif, car l'art. 1892 définit la société un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager les bénéfices qui pourront en résulter; exprimant, par ces derniers mots, que la société doit avoir pour objet un bénéfice espéré; qu'au surplus, si l'associé pouvait se réserver la faculter d'opter au moment du partage, il ne serait exposé à aucune chance de perte; en sorte que la société serait léonine (1).

Cette opinion est basée sur une fausse interprétation des textes : d'une part, l'art. 1832 n'interdit point la convention portant que le partage des bénéfices sera ultérieurement fixé, sous une alternative; d'autre part, cette stipulation n'a rien de contraire aux bonnes mœurs. — L'art. 1855 défend, il est vrai, d'attribuer tous les bénéfices à l'un des associés, ou d'affranchir la chose qu'il a mise dans la société, de toute contribution aux pertes; mais comme l'apport consiste dans l'industrie d'un associé, cet associé concourt aux pertes par cela même qu'il ne reçoit rien pour son travail.—Puisque le contrat a été parfait dès l'origine, l'option que l'associé s'était réservé le droit d'exercer ultérieurement, doit produire un effet rétroactif, comme si elle avait été exercée *ab initio*. — On dit, il est vrai, que dans une hypothèse donnée, l'associé aura tous les bénéfices; car il ne manquera pas d'opter pour le paiement de la somme, si la société est en perte, et qu'il se trouvera, par suite, affranchi de tout danger : l'argument tombe, en présence de l'article 1855 : cet article, en effet, valide implicitement la stipulation portant que l'associé dont l'apport consiste en industrie, ne contribuera pas aux pertes. — Mais alors, ainsi que nous l'avons vu, si les prélèvements s'exercent sur la masse sociale bien que la société soit en perte, le contrat prendra le caractère de louage d'ouvrage (2).

Si l'associé opte pour une quotité des bénéfices, il peut prendre part aux bénéfices déjà réalisés au moment de l'option (3).

Supposons, maintenant, que l'apport de l'un des associés consiste dans la jouissance d'une chose : quelle sera la position de cet associé dans les différentes hypothèses que nous venons de parcourir; c'est à dire, s'il a stipulé qu'il prélèvera sur les bénéfices une somme déterminée et qu'il viendra au partage du surplus; ou qu'il aura droit à une somme, en l'absence de tous bénéfices? On appliquera les mêmes principes : il y aura société dans le premier cas, et louage dans le second (Duvergier, n° 264).

(1) Delangle, n. 112.—A l'appui de ce système, on cite un arrêt de cassation du 7 décembre 1836. Dev. 1837, 1, 650. Pal. 1837, 1, 504; mais c'est à tort: Le pourvoi a été rejeté uniquement parce que la cour de Rennes ayant statué en fait, il n'y avait pas lieu d'attaquer son arrêt en cassation.

(2) Troplong, n. 645. Cass. 7 décembre 1836. Dev. 1837, 1, 650. Pal. 1837, 1, 504.

(3) Cass. *ibid.*

Quid, si l'associé bailleur de fonds donnés en jouissance, stipule qu'il aura d'abord une somme égale à l'intérêt de sa mise à tout événement; plus une certaine part dans les bénéfices? Si la somme ne doit être prélevée que sur le gain, le contrat est une société, puisque le stipulant court la chance de perdre;—si elle est stipulée à tout événement, il y a prêt usuraire déguisé, puisque le bailleur de fonds ne court aucun risque (1).

Quelle est en pareil cas la nature du contrat, si la mise sociale consiste dans la propriété même de certaines choses? Les stipulations qui assurent à l'associé un bénéfice certain, quand même il n'y aurait pas de bénéfices, et celles qui l'affranchissent de toute contribution aux pertes, constituent un louage. — Si les prélèvements ne doivent s'effectuer que sur le gain, le contrat est une société (2).

La convention désignée par les théologiens, sous le nom d'assurances de bénéfices est-elle valable? En d'autres termes, un associé peut-il vendre à ses coassociés sa part dans l'espérance du gain, moyennant une somme fixe que ce dernier devra payer à tout événement, le montant de la mise restant soumis aux pertes qui pourraient affecter le capital? Les canonistes proscrivaient cette convention comme pouvant servir à masquer le prêt à intérêt, considéré alors comme usuraire : mais sous l'empire des lois qui nous régissent, elle n'est point nécessairement frappée de nullité, puisque le prêt à intérêt est permis: d'une part, on ne peut dire que l'un des associés aura tous les bénéfices, puisque l'autre court la chance de réaliser un gain qui l'indemnisera. — D'autre part, l'associé n'est point affranchi de toute contribution aux pertes, puisque son apport reste soumis à tous les risques : une semblable clause n'est donc pas incompatible avec le contrat de société : « L'espérance du gain, dit Pothier (nº 52), est quelque chose d'appréciable comme l'est un coup de filet ; par conséquent, je puis la vendre soit à mon associé, soit à un tiers, de même qu'on peut vendre un coup de filet (3). »

Peu importe qu'elle soit intervenue dans un temps voisin de la constitution de la société : on n'a plus à craindre que les parties emploient ce moyen pour déguiser des prêts à intérêts; qu'elles fassent d'une manière occulte ce qu'elles peuvent faire ostensiblement : Il y a lieu de penser, qu'elles ont apprécié les probabilités et que l'une d'elles a préféré la certitude d'un moindre gain, à la chance aléatoire de bénéfices plus considérables.

Un associé peut-il se mettre à l'abri de toute perte de son capital, moyennant l'abandon fait à son coassocié assureur, d'une part

(1) Duvergier, n. 264. Troplong, n. 642. Cass. 17 avril 1837. Dev. 1837, 2, 275.

(2) *Voy.* cep. Duvergier, n. 265. Cet auteur, abandonnant tout à coup le système qu'il a admis dans les numéros précédents, décide que les combinaisons dont nous venons de parler ne sont pas atteintes par l'art. 1855, lorsque la mise sociale consiste dans la propriété même des choses.

(3) Troplong, n. 638, 652 et suiv. *Voy.* cep. Duvergier, n. 266 et 276. Delangle, n. 119.

dans le gain à espérer? Cette convention n'a rien de contraire aux lois : vainement dirait-on, qu'elle est condamnée par l'article 1855, comme devant avoir pour résultat d'affranchir l'associé de toute perte : l'un des associés pourrait, sans nul doute, se faire assurer par un tiers; pourquoi frapperait-on de nullité la convention qui interviendrait à cet égard entre associés ? D'ailleurs, dans notre espèce, l'assuré reste exposé à des risques, puisqu'il peut perdre en totalité les intérêts de sa mise (1).

Si l'assurance portait à la fois sur le capital et sur les bénéfices, l'élément social disparaîtrait ; le contrat ne serait plus qu'un prêt à intérêt, et ce prêt deviendrait même usuraire s'il excédait le taux légal.

La clause qui ferait porter la perte entière d'un corps certain sur l'associé qui n'en aurait apporté que la jouissance rentrerait, cela n'est pas douteux, dans la stricte application de l'art. 1851 : Mais pourrait-on renverser la responsabilité par un pacte exprès et reporter la perte sur l'associé non propriétaire? Le contrat tiendrait alors de la nature du louage; or, dans ce contrat, rien n'empêche de stipuler que le preneur supportera la perte totale (arg. de l'art. 1825),—il n'y a pas lieu de s'arrêter aux art. 1810 et 1811 : ces articles ont eu pour but unique de protéger l'industrie cheptelière ; ils sont exceptionnels (2).

Peut-on valablement convenir que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés sous une certaine condition ; par ex., si l'autre associé prédécède sans enfants, ou qu'elle appartiendra au survivant? Duvergier (n. 268) et Dur. (t. 15, n. 214), se prononcent pour la négative : Le texte, disent-ils, défend d'accorder tous les bénéfices à un seul ; on ne peut argumenter, en matière de société, de l'art. 1525 ; car cet article consacre une règle spéciale au contrat de mariage ; une telle convention exclut l'idée de société ; elle enlève au contrat tout caractère social : il y a collaboration commune, sans doute ; mais il n'y a rien à partager : dès lors, les caractères essentiels de la société ne se trouvent point réunis.

Ces considérations ne sont que spécieuses : déjà nous avons fait remarquer, en examinant l'art. 1832, que le mot *partage* n'exprime pas seulement dans cet article une division matérielle ; mais tout avantage, tout profit appréciable que peut procurer la société : or, dans l'espèce, l'avantage existe pour tous, puisque chaque associé court la même chance. — La participation aux bénéfices, il est vrai, se trouve subordonnée à une condition ; mais les conditions ne répugnent pas à la nature du contrat de société. Le but unique de l'article 1855, nous le répétons, a été de proscrire les sociétés

(1) Troplong, n. 653. *Voy.* cep. Duvergier, n. 274.
(2) Troplong, n. 659.

léonines ; c'est-à-dire, ces conventions frauduleuses qui livrent le plus faible à la merci du plus fort : dans notre espèce, il n'y a pas de fraude possible ; les probabilités sont égales ; l'avantage est aléatoire et commutatif.— La pratique nous présente de nombreux exemples d'associations semblables ; le Code a même pris soin de réglementer celles qui peuvent intervenir entre époux.—Nous irons plus loin : l'art. 1525, invoqué cependant comme argument par les auteurs que nous combattons, présente la preuve évidente, qu'elles sont permises en principe : il déclare qu'on ne peut considérer les avantages qui en résultent comme des donations, soit quant au fonds, soit quant à la forme ; mais comme des *conventions entre associés :* Donc, la clause est permise entre associés (1).

Peut-on convenir que les capitaux tombés dans la société appartiendront au survivant ? « Ce serait là une donation, dit Delv. (p. 122, n. 3), et même elle serait de biens à venir, elle ne pourrait avoir lieu que par contrat de mariage, et même quand elle ne comprendrait que les bénéfices, il faudrait encore lui appliquer la disposition de l'article 1840, par argument de l'art. 1527, qui prohibe cette clause, même entre époux, dans le cas de secondes noces. »

Selon nous, cette convention est parfaitement valable : il ne s'agit point ici d'une donation de biens éventuels : la masse sociale est actuelle, déterminée ; elle a pour objet des biens présents : en principe, toutes personnes peuvent disposer de leurs biens à titre onéreux, lors même qu'elles ont des enfants d'un premier lit : le titre de la société ne contient aucun texte qui déroge à cette règle. Il n'y a pas même d'argument à tirer de l'art. 1527 : le législateur a dû prémunir les enfants d'un premier lit contre l'influence du nouvel époux ; mais cette considération ne se présente pas en matière de société ordinaire : libre aux associés de faire telles stipulations qu'ils jugent convenables ; seulement, lorsque la société est universelle, il y a lieu à réduction, si l'un d'eux a procuré à l'autre des avantages purement gratuits : les tribunaux apprécient les circonstances.

Il nous reste à faire observer, que les fruits annuels doivent se partager chaque année, lors même qu'il n'aurait rien été stipulé à cet égard, si l'ensemble de l'acte, les circonstances et surtout la nature des choses qui font l'objet de la société, démontrent que telle a été l'intention des parties (2).

Un associé a le droit de prendre part aux bénéfices de la société, quoiqu'il n'ait pas versé la somme entière qu'il devait y apporter, pourvu que le défaut de versement n'ait causé aucun préjudice réel à ses associés. — Toutefois, les intérêts de cette somme sont

(1) Despeisses, Sociétés, section 2, p. 26. Troplong, n. 645 et 646. Delv. p. 122, n. 3. Delangle, n. 119.

(2) Duvergier, n. 222. Troplong, n. 622. Malpeyre et Jourdain, n. 145. Pardessus, n. 1000.

exigibles de plein droit à compter du jour où le versement devait être effectué (1).

Passons maintenant aux conventions qui règlent la contribution aux pertes.

La loi met dans la classe des sociétés léonines, et frappe de nullité, les conventions qui affranchiraient de *toute contribution* aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds social par un ou plusieurs associés : la participation aux risques est de l'essence du contrat de société; tous les associés doivent courir des chances de perte : tel est le principe.

Mais on n'est pas tenu de stipuler dans les pertes une proportion parfaite avec les mises : par ex., deux associés peuvent valablement stipuler que l'un aura les deux tiers dans le gain, et qu'il ne supportera que le tiers dans la perte : cette convention est valable ; car, d'une part, elle ne donne pas la totalité des bénéfices à cet associé; d'autre part, elle n'affranchit pas ses apports de toute contribution aux pertes. Une certaine latitude est laissée aux parties pour régler les parts de chacune d'elles, soit dans le gain, soit dans la perte; la loi ne statue qu'à défaut de stipulations particulières : aucune disposition ne dit, que les parts devront être proportionnément les mêmes dans la perte et dans le gain; il suffit que la convention soit exempte de manœuvres frauduleuses, et qu'elle ne dissimule pas, sous la forme d'un contrat de société, une donation au fond (2). — Les art. 1521, 2e alinéa, et 1811 s'écartent, il est vrai, de cette règle ; mais ces dispositions sont exceptionnelles et exorbitantes; il faut les restreindre aux cas spéciaux qu'elles prévoient (3).

« Toutefois, dit Pothier (n. 21), on ne pourrait convenir que l'un des associés aura part au profit de chacune des affaires qui auront été avantageuses sans porter rien de la perte que la société à soufferte dans celles qui lui ont été défavorables : en effet, il n'y a de gain que déduction faite de toute perte, et de perte que déduction faite de tout gain. »

« A la dissolution de la société, on dresse un état de tous les gains que la société a faits, et de toutes les pertes qu'elle a faites dans toutes les différentes affaires qu'elle a entreprises : si le total des gains excède le total des pertes, cet associé prendra sa part dans l'excédant; si au contraire le total des pertes excède celui du gain, cet associé n'aura ni profit ni pertes : *neque omni lucrum intelligitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto.* »

Les deux clauses prohibées vicieraient la convention, lors même qu'elles auraient été déguisées sous la forme d'un autre contrat : les tribunaux peuvent atteindre la fraude partout où elle se trouve ; ils

(1) Rennes, 26 août 1815.

(2) Pothier, n. 19 et 20, Troplong, n. 633 et suiv., et Duvergier, n. 260 et 266.

(3) Pardessus, t. 4. n. 996. Delv., t. 3, p. 122, n. 1. Toullier, t. 13 n. 411. Troplong, n. 634.

ne doivent point perdre de vue, que la loi qualifie de Léonine, toute société qui attribuerait à l'un la presque totalité des bénéfices, ou qui imposerait à l'autre la presque totalité des pertes (1855).

Observons, que le juge ne devrait point se borner à prononcer la nullité de la clause : le contrat tout entier serait frappé de nullité. Pour maintenir le contrat de société, il faudrait reconstituer la convention sur des bases nouvelles; ce que ne peut faire le juge (1).

La convention qui affranchirait de toute perte, celui qui aurait apporté à la société non une somme ou des effets, mais son industrie, est généralement considérée comme valable : « L'industrie de l'associé, dit Ulpien (L. 29, ff. *pro socio*), peut exiger tant de soins, de temps, de sacrifices, qu'il y ait justice d'en faire la compensation avec la part qu'il pourrait être appelé à supporter dans la perte à redouter pour la société : *si tanti fit opera quanti damnum est.* » — Souvent même, l'industrie procure plus d'avantages à une société que l'argent : c'est ce qui arrive notamment, lorsque l'un des associés se charge seul des voyages maritimes, ou quand il court seul les dangers d'excursions lointaines que nécessitent les opérations. — Au surplus, il n'est pas vrai de dire que l'associé se trouve affranchi de toute perte, puisqu'il perdra son temps et ses soins, c'est-à-dire sa mise (si la société ne gagne rien) : « l'exemption de toute contribution aux pertes, dit fort bien Troplong (n° 649), n'est que dans l'écorce des paroles. »

On peut valablement convenir, que l'un des associés ne contribuera pas aux dettes qui excèderont le montant du fonds social : en effet, deux sortes de sinistres peuvent affecter une société : la perte des choses qui constituent les mises; l'existence des dettes qui dépassent l'actif, et qui grèvent chaque associé, au *prorata* de son intérêt, après la dissolution de la société : or, la clause prohibitive qui nous occupe, ne concerne évidemment que les pertes de la première espèce : l'une des parties peut donc librement stipuler, qu'elle ne sera pas tenue de celles de la deuxième (2).

Administration de la société.

Les associés ont une liberté entière pour l'organisation du pouvoir chargé d'administrer les affaires sociales : la loi se borne à tracer des règles pour suppléer au silence des parties, et à donner quelques explications sur les clauses qui sont le plus fréquemment insérées dans les actes.

(1) Dur. n. 422. D. Société, p. 92 n. 10. Duvergier, n. 103 et 277. Troplong, n. 662. *Voy.* cep. Delv. p. 122, n. 2, et Zach. p. 56. Suivant ces auteurs, la loi ne frappe de nullité que la clause ; on revient pour régler le partage des bénéfices et des pertes, à l'art. 1853 ; mais cette opinion est en contradiction avec les textes romains (L. 29, § 2, ff. *pro socio*).

(2) Duvergier, n. 256 et 257. Troplong, n. 655 et suiv. *Voy.* cep. Dur. n. 419.

1856 — L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude.

Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat.

= Souvent, les associés chargent l'un d'eux de l'administration des affaires communes : l'associé administrateur doit aux affaires sociales les soins d'un père de famille diligent; il est même soumis à une plus grande responsabilité, lorsqu'il reçoit, à raison de ses fonctions, ou un salaire, ou une part plus considérable que les autres dans les bénéfices (1).

Pour connaître l'étendue des pouvoirs du gérant, il faut nécessairement consulter l'acte qui les constitue : si le titre garde le silence, les règles du mandat, conçu en termes généraux, deviennent applicables (*voyez* à cet égard les art. 1988 et 1989) : en conséquence, l'associé administrateur peut faire les actes ordinaires de simple administration; réparer les bâtiments; vendre les denrées, marchandises et autres choses destinées à être vendues; transiger et compromettre sur les choses qui rentrent dans l'administration (2); emprunter pour les nécessités de l'affaire (3);

(1) Pothier, n. 125. Duvergier, n. 324.

(2) En matière commerciale, l'administrateur n'est pas seulement un mandataire général; il représente la personne civile constituée par la réunion de tous les associés : il peut, non-seulement faire des actes d'administration, mais encore transiger et compromettre sur toutes affaires (Pardessus, t. 4 n. 1014). — Duvergier (n. 320) étend cette doctrine aux affaires civiles : « La transaction et l'arbitrage, dit-il, sont des moyens de terminer promptement les contestations; ils doivent être préférés aux longueurs et aux embarras d'un procès.—Nous admettons cette opinion quand il s'agit de transiger ou de compromettre sur des biens destinés à être vendus : pourquoi, en effet, la transaction et le compromis ne seraient-ils pas valables lorsque l'aliénation directe le serait? Mais, dans tous autres cas, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de choses dont le gérant n'a que le dépôt en vue de l'administration, aucun texte ne lui accorde le droit d'en disposer : en matière civile et même en matière commerciale, il doit convoquer l'assemblée et demander l'autorisation dont il a besoin (Troplong, n. 610).

(3) Troplong, n. 684 et suiv. Cass. 21 août 1841.—Delangle, n. 140. Malpeyre et Jourdain, n. 85, et Duvergier, n. 314, refusent d'une manière absolue à l'associé administrateur, le droit de faire des emprunts; c'est là une grave erreur : *voy.* le texte de l'art. 1852. — Les pouvoirs du gérant ne sont point rigoureusement calqués sur ceux du mandataire : principal intéressé au succès de l'entreprise, copropriétaire du capital social, il a des pouvoirs plus étendus. Le juge doit rechercher, eu égard à la nature de l'opération, aux usages locaux et aux faits de la cause, quelle a été la pensée des parties à cet égard. Dans les sociétés civiles comme dans les sociétés commerciales, il est souvent nécessaire d'emprunter et même de souscrire des billets. — Toutefois, nous ne pensons pas que le gérant ait le droit de donner des garanties hypothécaires sur les biens sociaux, car les hypothèques sont considérées comme des actes d'aliénation (2124) (Troplong, n. 686).

— mais quand il s'agit d'aliéner les objets dépendant du fonds commun, de les engager, de les hypothéquer, de faire la remise d'une dette, de transiger ou de compromettre sur des choses dont il n'a que le dépôt en vue de l'administration (1), etc., il doit obtenir l'assentiment des autres associés.

Au résumé les pouvoirs de l'administrateur sont mesurés sur ceux du mandataire, porteur d'une procuration générale; or, la procuration générale ne comprend pas les actes de propriété (Pothier, nº 68).

Le gérant peut former des demandes en justice relatives aux objets dont il a le droit de disposer, et intenter des actions possessoires; mais là s'arrêtent ses pouvoirs: il est sans qualité, lorsque l'action est relative au fonds social (arg. de l'art. 464) : En ce cas, tous les associés doivent être, sous peine de nullité, individuellement désignés dans l'exploit d'assignation, avec indication de leur profession et domicile : en effet, l'art. 61 (Pr.) porte, que l'exploit d'ajournement doit contenir les nom, prénoms, profession et domicile du demandeur, ainsi que les nom, prénoms, profession et domicile du défendeur : l'art. 69 excepte seulement l'État, le Trésor public, les administrations ou établissements publics et les sociétés de commerce tant qu'elles existent: il n'est point parlé des sociétés civiles: donc ces sociétés restent soumises au droit commun et aux dispositions impératives de l'art. 61. — Au surplus, il est de principe (déclaration du 30 novembre 1549) *que nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur*, et que pour intenter ou soutenir une action judiciaire, il faut être en nom dans les qualités de l'instance: Les sociétés civiles, bien que formant un être moral, comme les sociétés commerciales, ne peuvent donc, à la différence de celles-ci, agir en nom collectif devant les tribunaux, poursuites et diligences de leur gérant ou directeur. — Toutefois, l'exploit donné au nom de la société, poursuites et diligences du gérant, quoique nul en ce qui concerne les associés non désignés, est valable à l'égard du gérant qui est en même temps associé.

Par la même raison, il faut reconnaître que le gérant a qualité pour défendre aux demandes qui sont relatives à l'administration et par suite aux actions possessoires: mais que l'action doit être formée contre tous les associés, lorsqu'il s'agit du fonds social, c'est-à-dire, de choses dont le gérant ne peut disposer (2). — Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales (1862 et 1863).

(1) Troplong, n. 690. Dur., n. 435. Malpeyre et Jourdain, n. 85 et suiv.

(2) Boncenne, Proc., t. 2, p. 132. Chauveau, q. 287. Delangle, n. 19. Cass., 8 novembre 1836, Dev. 1836, 1, 811. Pal., 1837, 1, 25. *Voy.* cep. Troplong, n. 692 et suiv., et Duvergier, n. 318. — En matière commerciale, on admet que le gérant a qualité pour défendre même aux

Suivant Duvergier (nº 319) le pouvoir d'ester en justice n'appartient, de droit commun, qu'à l'associé nommé administrateur par le contrat même de société: celui qui a été nommé depuis le contrat, n'est qu'un mandataire ordinaire : il ne peut plaider, qu'autant que ce pouvoir lui a été formellement conféré: cette distinction ne résulte point du texte : les mêmes pouvoirs sont attribués au gérant dans l'un et l'autre cas.

Par suite du principe que le gérant ne peut, en sa qualité d'administrateur, disposer du fonds social, on s'accorde à lui refuser la faculté de faire des innovations sur les héritages dépendant de la société; lors même qu'elles seraient avantageuses (Pothier, nº 87) : si les circonstances rendent ces travaux nécessaires, il doit en référer à ses coassociés.—Le gérant ne pourrait prendre sur lui, par ex., de bâtir sur un terrain, ou d'abattre d'anciens bâtiments pour en construire de neufs; car ce sont là des actes de propriétaire : les autres associés seraient fondés à s'y opposer.

Toutefois, si l'ouvrage avait été achevé sans opposition, le gérant ne saurait être contraint à démolir, on lui devrait compte de la plus-value (1); il y aurait lieu d'appliquer l'art. 555, dernier alinéa : une trop grande rigueur entre associés serait contraire au vœu de la loi.

La règle établie pour les immeubles, s'étend aux choses mobilières: lorsque la gestion n'exige pas qu'on leur fasse subir de changements, l'administrateur ne peut les dénaturer (Duvergier nº 321).

L'associé administrateur doit compte de sa gestion aux époques fixées par le contrat : le solde produit intérêt de plein droit, soit en sa faveur, soit au profit de la société, suivant les cas (argum. de l'art. 1846).

L'associé nommé administrateur par une disposition spéciale du contrat de société, n'est point, comme un mandataire ordinaire, révocable à la volonté de ses coassociés : la loi présume qu'il a donné son consentement en considération de la qualité de gérant qu'on lui conférait, et que son aptitude a été pour ses coassociés une raison déterminante.

Réciproquement, le gérant se trouve lié envers ses coassociés : il ne peut abandonner l'administration, sans s'exposer à des dommages-intérêts.

S'ensuit il que les associés soient à la merci du gérant, lors même qu'il abuse de son mandat, ou compromet les affaires sociales par une gestion inhabile ? Non assurément : trois voies leur sont ouvertes : l'*opposition*, la *révocation*, la *dissolution*.

actions immobilières ; qu'il a un mandat virtuel à cet effet ; que les tiers peuvent s'adresser directement à lui sous la raison sociale (Troplong, n. 695. Cass., 23 avril 1836. Dev., 36, 1, 705. *Voy.* cep. Boncenne. t. 2, p. 132.

(1) Pothier, n. 88. Dur., n. 230. Delv., t. 3, p. 520. Duvergier, n. 321.

L'*opposition* peut émaner, soit de la majorité des associés, soit même de l'un d'eux en cas d'urgence; c'est-à-dire, lorsqu'il est impossible de réunir immédiatement tous les associés pour délibérer.

L'opposition n'a d'utilité réelle, qu'autant qu'elle a pour objet de prévenir des actes frauduleux ou une faute lourde : alors seulement, si le gérant passe outre, il encourt la révocation et s'expose à des dommages-intérêts; hors ce cas, elle est sans objet, car le gérant peut faire, aux termes de l'art. 1856, tous actes d'administration même contre le gré de ses coassociés; la loi est formelle : Ainsi, l'opposition n'est qu'une mesure préventive. — Ex. : Pierre poursuit la société en paiement d'une somme de... : l'un des associés révèle au gérant certaines circonstances qui doivent faire écarter la demande et s'oppose au paiement : le gérant ne tient aucun compte de cette opposition et désintéresse le poursuivant : il y a dans ce fait une collusion, ou tout au moins une faute grave, un manque de foi susceptible de donner lieu à révocation sans préjudice de tous dommages-intérêts.

Dans quelle forme l'opposition doit-elle être formée? La loi n'en prescrit aucune : concluons de là, qu'elle peut résulter, non-seulement d'un acte extrajudiciaire; mais encore d'une lettre ou d'un fait éclatant de contradiction (Troplong n° 726).

La *révocation* peut être prononcée; mais seulement pour cause légitime, par ex., pour infidélité, malversation, mauvaise administration.

La révocation peut-elle avoir lieu sur les poursuites d'un seul associé? Duvergier (n° 293) pense que cette mesure doit être, comme toute autre, l'objet d'une délibération prise à la majorité; mais nous ne voyons pas de raison pour refuser à l'un des associés la faculté d'agir isolément à ses risques et périls : puisqu'un seul associé peut, aux termes de l'article 1871, demander la dissolution de la société; on doit, *à fortiori*, lui reconnaître le droit d'invoquer la révocation, puisque les mêmes causes donnent ouverture à l'une ou à l'autre mesure (1).

La révocation du gérant entraîne-t-elle la dissolution de la société? Suivant Troplong (n° 677) l'existence de la société n'est pas subordonnée au maintien du gérant nommé par le contrat; cet événement aura pour seul effet de changer la signature sociale et de donner lieu à la nomination d'un autre gérant : l'art. 1856 porte, dit-il, « que le pouvoir du gérant ne peut être révoqué sans cause légitime *tant que la société dure;* donc, en cas de cause légitime, il peut être destitué pendant la durée de la société : si la société dure, c'est apparemment qu'elle n'est pas dissoute par cet événement. »

(1) Dur. t. 17 n. 434. Troplong, n. 676.

Cette opinion doit être admise quand il s'agit d'une société en commandite; car les commanditaires considèrent bien moins la personne du gérant que la nature des opérations entreprises, et les chances de bénéfice qu'elles présentent: — Mais dans tous autres cas, la révocation emporte nécessairement dissolution : Rappelons-nous en effet, que l'adhésion du gérant, forme une des conditions du contrat et que sa nomination a pu être pour quelques associés une raison déterminante (1). — Du reste, libre aux associés de reconstituer leur société sur les mêmes bases et de nommer un autre gérant.

Nous étendrons cette décision, même au cas ou plusieurs administrateurs ayant été nommés avec des attributions spéciales, l'un d'eux abdiquerait ou serait révoqué. — Toutefois, les tribunaux maintiendraient la société, si les attributions de cet administrateur étaient peu importantes : la majorité pourvoirait alors à son remplacement.

Si le gérant soutient que la révocation n'est pas légitime, il y a lieu d'en référer aux tribunaux compétents pour statuer sur les contestations entre associés.

La *dissolution* est une dernière voie ouverte aux associés pour échapper aux dangers de l'administration du gérant : ce moyen extrême est réglé par l'art. 1871 (*voyez* nos observations sur cet article).

Passons à l'hypothèse où le gérant été nommé par un acte postérieur au contrat de société.—La nomination doit avoir lieu à l'unanimité; car il s'agit de modifier l'administration organisée par l'art. 1859, règles auxquelles les associés sont légalement présumés vouloir se référer, lorsque le contrat ne porte point nomination d'un gérant: — Mais à la différence du mandat conféré par le contrat, celui qui a été donné après coup, est essentiellement révocable à la volonté du mandant, comme tout mandat ordinaire.

Ici se présente une difficulté : l'unanimité est-elle nécessaire pour que la révocation ait lieu? Quelques auteurs se prononcent pour l'affirmative; ils invoquent l'adage : *Eodem modo dissolvuntur conventiones quomodo formantur.*—D'autres enseignent que chaque associé peut révoquer le mandat, en ce qui touche le droit d'administrer que lui confère l'art. 1859, et par suite anéantir ce mandat pour le tout (2). — Quel parti prendre? La première opinion ne supporte pas l'examen; — la deuxième aurait pour résultat de laisser à l'un des associés le droit de paralyser, par un vain caprice, la marche des opérations sociales : elle peut d'ailleurs entraîner de graves inconvénients; surtout, lorsque les associés sont nombreux. Nous pensons que la révocation doit être l'objet d'une délibération

(1) Duvergier, n. 295 et 306.
(2) Troplong, n. 680. Dur. n. 434.

prise à la majorité, comme pour toute autre affaire qui ne rentre pas dans les actes d'administration.

Le pouvoir donné par un acte postérieur au contrat est ordinairement révocable ; toutefois, celui qui a été conféré comme condition du contrat de société est irrévocable ; ou du moins, il ne peut être révoqué que pour une cause légitime, dans les cas prévus par l'article 1871 (Voyez *suprà*).

1857 — Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration.

= Plusieurs administrateurs peuvent être nommés :

Lorsque leurs fonctions respectives ne sont point déterminées, chacun d'eux peut agir séparément ;

Lorsque les attributions des administrateurs ont été déterminées par l'acte de nomination, chacun d'eux doit se renfermer dans les limites qui lui sont assignées.

A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (1859).

Lorsque tous administrent conjointement, ils ont les mêmes pouvoirs que lorsqu'une clause du contrat concentre l'administration dans les mains d'un seul.

1858 — S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention , agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration.

= La convention prévue par notre article, étant une condition du contrat de société, il faut l'observer de rigueur.

L'un des administrateurs ne peut rien faire sans l'autre, tous doivent concourir simultanément, même aux actes d'administration (1858).

Cette mesure est souvent commandée par la prudence; surtout quand il s'agit de souscrire des obligations.

Cependant, on admet généralement que chaque administrateur peut agir seul, en cas d'urgence, si les autres sont dans l'impossibi-

lité de se réunir à lui (1), par exemple, si l'un d'eux se trouve momentanément éloigné du lieu où la société a son siége.

Les résolutions relatives aux affaires sociales ne sont pas prises par les administrateurs à la *majorité* (2); mais à l'*unanimité :* c'est là une garantie de leur bonne gestion et une condition du contrat de société (3).

Si l'un des administrateurs a refusé par mauvaise foi ou par pur caprice de concourir à un acte utile, tous les associés ont le droit d'exiger de lui la réparation du préjudice qu'ils éprouvent et même de faire prononcer la dissolution de la société (4).

Toutefois, comme cette dernière mesure est extrême, le juge doit rechercher, avant de l'ordonner, quelle a été l'intention des parties : S'il reconnaît, d'après les circonstances, que l'acte auquel l'associé refuse de concourir n'est pas utile, il doit rejeter purement et simplement la demande : *in re pari potiorem causam esse prohibentis constat* (5).

La clause dont s'occupe l'art. 1858, en un mot, doit être entendue *civiliter*, c'est-à-dire, sauf modification dans les cas extraordinaires (6).

1859 — A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes :

1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait, est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue.

2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit.

3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société.

(1) Delv., t. 3, p. 228, notes. Duvergier, n. 303. Dur., t. 17, n. 438 et 439. *Voy.* cep. Troplong, n. 707. Suivant cet auteur, l'associé qui prendrait sur lui d'agir en l'absence des autres ne serait excusé qu'autant qu'il rapporterait la ratification de ceux-ci.

(2) Duvergier, n. 298 et 319.

(3) Duvergier, n. 304 et 319. Troplong, n. 708.

(4) Duvergier, n. 305. Dur., n. 439.

(5) L. 28, ff., Commune divid. Dur., n. 439.

(6) Duvergier, n. 303. Delv., t. 3, p. 228. Malleville sur l'art. 1858. Zach., § 382, n. 4 Dur., t. 17, n. 438. *Voy.* cep. Troplong, n. 707.

4° L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendant de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent.

= La désignation d'un ou de plusieurs administrateurs, enlève aux associés non désignés, la faculté d'administrer, qui leur appartient selon le droit commun : à défaut de stipulations spéciales, ils sont censés s'être donné le pouvoir, et même s'être imposé réciproquement l'obligation d'administrer l'un pour l'autre : les actes faits par chacun d'eux, sont dès lors obligatoires pour les autres, encore que ceux-ci n'y aient pas concouru.

Ce mandat tacite comprend tous les pouvoirs qui résultent d'une procuration générale : Ainsi, chaque associé peut acheter, payer, recevoir, passer des baux, vendre les choses vénales, etc.

Toutefois, comme il repose sur une présomption, une désapprobation formelle peut en paralyser l'effet : En conséquence, la loi reconnaît à tous les coassociés, et même à chacun d'eux individuellement, le droit de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue.

Quel est ici l'effet de l'opposition ? L'associé peut-il comme le gérant (1856), passer outre sans y avoir égard? La loi garde le silence sur ce point ; il est dès lors rationnel d'appliquer la maxime : *In re pari potior est causa prohibentis ;* car dans le cas prévu les volontés ont une égale force. — Sans doute, l'opposition n'a pas une vertu définitivement prohibitive ; mais elle suffit pour empêcher l'opération, jusqu'à ce que les associés réunis en assemblée générale aient prononcé (Duvergier, n. 285 et suiv.).

L'art. 1859 n'exige pas l'unanimité, comme l'article 1858, pour qu'une délibération soit prise : nous déciderons en conséquence, que la majorité fait loi : telle est en effet la règle générale.

En cas de partage, il y a lieu de s'abstenir, conformément à la maxime *In re pari*, etc. — On ne doit point, comme le prétend à tort Pardessus (n. 979, t. 4), recourir à des arbitres : les arbitres ne peuvent être juges de l'opportunité d'une mesure administrative (Troplong, n. 723).

La majorité se forme par le nombre de voix et non pas eu égard à la puissance du vote de chacun, calculée sur l'importance des mises : si l'on admettait que cette circonstance dût être prise en considération, il arriverait que celui des associés qui aurait à lui seul un intérêt plus grand que tous les autres réunis, deviendrait l'arbitre souverain de la société. — D'ailleurs, la mise n'est pas toujours la mesure exacte de l'intérêt dans la société (1).

Si plus de deux opinions se sont formées, sans qu'aucune d'elles

(1) Pardessus, n. 980. Duvergier, n. 288. Troplong, n. 722.

ait réuni la majorité absolue, la règle de l'art. 117 Pr. est-elle applicable? en d'autres termes, les associés dont l'avis a obtenu le moins de suffrages sont-ils tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui comptent le plus de voix?

Cette mesure suppose qu'une contestation judiciaire s'est élevée : comme les tribunaux doivent nécessairement prononcer (art. 4 C. civ.), le législateur a dû prescrire une marche pour qu'une décision pût être prise : dans notre espèce, il ne s'agit pas d'un jugement à rendre, mais de savoir si l'on entreprendra une opération : la diversité des avis équivaut donc à une solution négative ; suivant la maxime : *In re pari,* etc. (1)

Nous supposons, bien entendu, qu'il s'agit de prononcer sur un acte d'administration : les décisions de la majorité ne pourraient évidemment changer les clauses primitives et constitutives du contrat de société : l'unanimité des associés peut seule apporter des modifications à un contrat qui est lui-même l'ouvrage de tous ceux qui l'ont signé (2) :

Tel serait le cas où la majorité se prononcerait pour l'augmentation du capital social, pour un appel de fonds, pour la construction de bâtiments, et autres mesures qui ne seraient point autorisées par les statuts : la résistance d'un seul suffirait pour entraver l'exécution du projet (3).

Il est bien entendu, que ces discussions entre associés n'ont aucune influence sur les droits des tiers qui ont traité de bonne foi (*voyez* les art. 1862, 1863 et 1864); seulement, l'associé qui a contracté, répond du dommage causé à la société.

Examinons maintenant les autres dispositions de notre article ; elles sont fondées sur les considérations suivantes :

1° L'actif social n'appartient pas à chaque associé pris isolément; mais à la société.

2° La société n'a pas pour but une jouissance indivise ; mais de procurer des bénéfices à partager.

Aux termes du deuxième alinéa, chaque associé a le droit de se servir, dans son intérêt privé, des choses qui dépendent de la société ; mais cette faculté est subordonnée aux trois conditions restrictives suivantes : ne pas modifier la destination de la chose; — s'abstenir, quand l'intérêt social le commande; car la jouissance privée est secondaire; — ne pas empêcher les coassociés de se servir à leur tour de la chose.

(1) Troplong, n. 723. Malpeyre et Jourdain, n. 123. *Voy*. cep. Pardessus, t. 4, n. 980. Duvergier. n. 289.

(2) Pardessus, n. 889. Duvergier, n. 227. Troplong, n. 724.

(3) Troplong, n. 724. Duvergier, n. 227. Pardessus, n. 889. Cass. 10 mars 1841. Dev. 1841, 1, 357. Pal. 1841, 1, 487. Riom, 21 janvier 1842. Dev. 1842, 2, 260. Pal. 1842. 2, 641. Douai, 15 mai 1844. Dev. 1844, 2, 403. Cass. 22 août 1844. Dev. 1845, 1, 209, 9 mai 1844. Dev. 1845, 1, 53.

« Ainsi, dit Pothier (n° 85), s'il y a dans la société une maison à la ville, un associé ne serait pas recevable à s'opposer au bail à loyer que les associés en voudraient faire à un étranger, en prétendant occuper une partie de cette maison proportionnée à la part qu'il a dans la société et en laissant le surplus de la maison à ses coassociés : il serait tenu de consentir le bail, ou de faire la condition meilleure et de faire trouver un plus haut prix dans un court délai qui lui serait imparti. — Mais si c'était une maison qui fût mise dans la société pour servir à l'habitation des associés, chacun d'eux aurait le droit d'en occuper une partie, proportionnée à la part qu'il a dans la masse. »

Une société a des chevaux dans son actif : chaque associé peut s'en servir quand ils ne travaillent pas ; mais en prenant des mesures, pour que ses coassociés ne soient pas privés à leur tour de la même faculté.—Inutile de dire, qu'il ne doit pas les fatiguer au point de rendre impossible le service de la société.

En cas de communauté, la position est bien différente : chacun des communistes peut jouir de la chose, sans se préoccuper de l'intérêt des autres ; les convenances particulières sont placées au-dessus de l'intérêt commun (1).

L'alinéa 3 de l'art. 1859, permet à chaque associé, de contraindre les autres à concourir avec lui aux dépenses que nécessite la conservation des choses de la société ; néanmoins, s'il fallait débourser une somme importante, il n'aurait pas ce droit : sur leur refus dûment constaté, il pourrait seulement faire à ses risques et périls les avances nécessaires ; sauf à en prélever le montant sur le fonds social conservé par lui.

Dans l'alinéa 4, la loi interdit à l'un des associés le droit de faire des innovations sur les choses de la société, sans le consentement des autres ; même quand elles seraient avantageuses : en cas d'opposition, il n'y aurait pas même lieu de délibérer : la minorité ne serait pas liée par la majorité ; force resterait aux opposants. — La règle établie pour les immeubles, doit être étendue aux objets mobiliers ; car il n'y a pas de raison pour les dénaturer, lorsque la gestion de la société ne l'exige pas.

Il faut excepter le cas où la société aurait pour but la modification des biens qui lui appartiennent : chaque associé pourrait alors faire des innovations sans le consentement de ses coassociés. — Hors ce cas exceptionnel, tant que les travaux ne sont pas faits, les associés peuvent former opposition.

Supposons que l'un des associés ait pris sur lui de faire des innovations sur une chose de la société : ses coassociés devront-ils lui

(1) Troplong, n. 730. *Voy.* cep. Duvergier, n. 7 et 9 *in fine*, 360. Cet auteur applique à la communauté, la règle établie pour la société : il confond ainsi des cas essentiellement distincts.

en tenir compte? Si les innovations sont utiles et non excessives, l'auteur des travaux peut prétendre à une indemnité jusqu'à concurrence de la plus-value; si elles sont inutiles, il peut être condamné à les enlever (1).

Nul doute que cet associé aurait le droit d'exiger le remboursement intégral de ses avances, s'il avait obtenu le consentement exprès ou tacite de ses coassociés : *Qui prohibere potest et non prohibet consentire videtur* (2).

— L'un des associés peut-il seul louer les immeubles qui font partie du fonds social? ... Les anciens auteurs agitaient cette question; aujourd'hui, l'affirmative n'est pas douteuse. Exceptons cependant le cas où la jouissance en commun serait essentielle pour atteindre le but que la société s'est proposé et même celui où elle présenterait de véritables avantages (Duvergier, n. 315).

1860 — L'associé qui n'est point administrateur, ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société.

= Lorsqu'un administrateur a été nommé, les autres associés empiéteraient sur ses pouvoirs, s'ils prenaient sur eux de vendre ou même d'engager les choses destinées à être vendues.

Assurément, on ne pourrait dépouiller les tiers qui auraient acquis de bonne foi; car en fait de meubles, la possession vaut titre (2279 et 1141) : mais l'associé vendeur engagerait sa responsabilité (Troplong, n. 749).

Les associés peuvent-ils aliéner leur part dans une ou plusieurs choses non vénales qui appartiennent à la société? — L'affirmative n'est pas douteuse : mais l'exécution d'une pareille vente sera subordonnée au résultat du partage : si aucune portion de la chose ne tombe dans le lot de l'associé vendeur, la vente restera sans effet. — L'aliénation d'une part dans tel ou tel objet, est donc réputée faite sous une condition suspensive (3).— Ajoutons, que cette vente ne saisit l'acheteur, de la possession de la part vendue, qu'autant qu'il ne peut en résulter pour la société, ni trouble, ni gêne, ni emploi contraires à l'intérêt social (4).

1861 — Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société : il ne peut pas sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration.

(1) Delv. p. 126, n. 7. Duvergier, n. 365.
(2) Dur., n. 440. Duvergier, n. 321. Toulouse, 30 mars 1828.
(3) Duvergier, n. 371. Troplong, n. 750 et suiv.
(4) Duvergier, n. 408. Paris, 13 août 1834. Dev., 1834, 2. 674.

= Le contrat de société se forme ordinairement en considération des talents, de la qualité et même du caractère des personnes: permettre à l'une des parties d'augmenter le nombre des intéressés, ce serait donc blesser l'essence de ce contrat.

Du reste, chaque associé peut s'adjoindre une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; mais alors, cette nouvelle société (1) est indépendante de la première: le cessionnaire ne devient point associé des coassociés de son cédant; il n'est que l'associé de l'associé : la dénomination de *croupier*, que lui donnent les praticiens, caractérise parfaitement sa position.

Si l'un des associés a plusieurs *croupiers*, il se forme autant de sociétés distinctes qu'il y a de croupiers.

L'associé actionné en réparation du dommage causé par son *croupier*, peut-il compenser ce dommage, jusqu'à due concurrence avec les profits que le croupier a procurés à la société? Pomponius se prononçait pour l'affirmative; mais Ulpien tenait pour l'opinion contraire (2) : *Quod non est verum*, disait-il : En effet, celui qui, par lui-même ou par l'entremise d'un tiers, procure des avantages à la société, ne fait autre chose que son devoir; ces avantages ne sauraient dès lors se compenser avec les pertes qu'il occasionnerait par sa faute. Pothier (nº 93), (Troplong, nº 760).

Du principe que le croupier est étranger à la société originaire, résultent les conséquences suivantes:

Le croupier ne peut s'immiscer dans l'administration des affaires sociales, ni voter dans les délibérations, ni user des choses qui composent le fonds commun, ni exercer personnellement une surveillance qui le mette en contact avec les membres de la société: il n'intervient qu'au moment du partage, pour empêcher que les opérations ne se fassent à son préjudice.

S'il arrive qu'il ait administré, la société originaire a une action directe contre l'associé, pour obtenir la réparation du dommage qu'elle a éprouvé ; sauf ensuite le recours de ce dernier contre le croupier. En un mot, le fait du croupier est regardé comme le fait propre de l'associé (Pothier, n. 94).

Telle était l'opinion de Pothier (nº 93) : mais doit-on conclure de là, que toute action directe contre le croupier soit absolument interdite à la société? Nous ne saurions le penser : le fait du croupier a

(1) Les auteurs donnent à ce nouvel associé, le nom de *Croupier*, parce qu'il est censé chevaucher sur son partner (Merlin, quest.; Troplong, n. 756 et 757).—Duvergier, n. 375, fait observer, que ce n'est point là une *société*, mais une véritable communauté ; car on ne trouve ni apport fourni par chacun des contractants, ni chose commune formée par leur réunion; cette observation, dit-il, devient plus sensible encore, lorsque la cession a eu lieu à titre gratuit.—Nous pensons au contraire que la convention par laquelle on se donne un Croupier est une société véritable: qu'il est inexact de considérer les rapports établis entre le cédant et le croupier comme un état de communauté, puisqu'on y trouve un fonds social, une mise réciproque et un bénéfice à partager.

(2) L. 23, ff. *pro socio*.

le même caractère que celui de toute autre personne étrangère qui viendrait à s'immiscer dans les affaires sociales; or, évidemment, les associés auraient le droit d'agir directement contre celle-ci, par l'action civile qui résulte de l'art. 1382 (1).

Si l'un des associés s'est rendu coupable de quelque faute, le croupier n'a pas d'action directe contre cet associé: il peut seulement user du bénéfice de l'art. 1166, ou se faire indemniser par celui auquel il est adjoint.

Les créanciers de la société ne sont pas fondés à exiger, par action directe, que le croupier contribue au paiement des dettes sociales; car ils ne peuvent avoir plus de droits que les associés.

De leur côté, les créanciers personnels du croupier qui ont fait saisir sa part indivise, ne peuvent, pour donner suite à leur saisie, provoquer le partage ou la licitation de la société originaire: ils ont seulement le droit, si leur débiteur est en déconfiture, de faire déclarer la nouvelle société dissoute.

La société formée avec le croupier, ne peut être opposée aux créanciers personnels de l'associé cédant, qu'autant que l'acte a acquis date certaine, avant leur opposition, sur la part sociale de ce dernier.

— Les associés pourraient-ils écarter le croupier du partage, en lui offrant le remboursement du prix de la cession (841)? ~~ On n'a pas lieu de craindre, comme dans le cas de succession, que l'étranger vienne pénétrer dans des secrets de famille (Dur., n. 443).

Si le croupier exerce les droits et actions de celui qui l'a associé, doit-il partager avec les autres créanciers de ce dernier le produit de cette action? ~~ Bien qu'il paraisse agir au nom et du chef de l'associé, il agit en réalité en son nom personnel, comme cessionnaire, en vertu de son contrat. (Arg. des art. 1753, 1994; (Dur., n. 444. Duvergier, n. 377).

Pour que la cession soit opposable aux tiers, suffit-il qu'elle ait acquis date certaine antérieure à l'opposition formée par eux? Est-il nécessaire qu'elle ait été signifiée ou acceptée par acte authentique? ~~ Les associés sont tous copropriétaires de choses indivises; ils sont entre eux dans la même position que des cohéritiers : nous déciderons en conséquence, que le cessionnaire est saisi à l'égard des tiers du jour où l'acte a acquis date certaine;—si l'acte social comprend des créances contre des tiers ou même contre des associés du cédant, le cessionnaire n'est saisi que par la signification ou l'acceptation faite dans la forme prescrite par l'art. 1690, cela ne peut faire difficulté (Duvergier, n. 378 et 379; Troplong, n. 765; Dur., n. 445, t. 17. *voyez* cep. Delangle, n. 203 et 204.)

L'associé est-il tenu de garantir son cessionnaire des pertes résultant de l'insolvabilité de ses coassociés? ~~ Pour l'affirmative, on argumente de ce texte de Caius : *Factum quoque sociorum debet ei præstare sicuti suum.* — « Le croupier, dit notamment Merlin, n'a rien de commun avec les associés de son cédant; la société particulière qu'il a contractée avec lui, subsiste par soi; elle est séparée de la première: son objet est l'entreprise formée par la société principale; les personnes avec qui le cédant est associé, n'ont rien de commun avec le croupier; par conséquent, les pertes résultant de l'insolvabilité de l'un des associés

(1) Duvergier, n. 375. Troplong, n. 759.

ne doivent pas rejaillir sur le croupier (1). — Mais on répond par ces mots du même texte, qui déterminent les raisons sur lesquelles se fonde Caïus : *quia ipse adversus se habet actionem.* — Si le croupier a une action contre son cédant, c'est donc uniquement parce que le cédant a une action contre ses coassociés; or, cette action serait infructueuse en cas d'insolvabilité des coassociés: à quel titre dès lors le croupier prétendrait-il à une garantie? — Au surplus, l'associé ne cède pas sa portion dans les choses qui composent le fonds social; il transmet une partie de ses droits dans la société; dès lors il ne doit être soumis qu'à la garantie dont est tenu le cédant d'une universalité. — Le croupier a considéré la société dans l'état où elle était constituée, avec tous ses éléments de gain et de perte; or, l'insolvabilité de l'un des associés est une perte. (Argument de l'article 1696.) (2).

SECTION II.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS.

Après avoir déterminé les droits et les obligations qui naissent du rapport des associés entre eux, la loi considère la société dans ses rapports avec les créanciers.

Quatre cas peuvent se présenter :

1° *Les associés se sont obligés conjointement :* chacun d'eux supporte sa part virile de la dette, encore qu'ils aient des droits inégaux dans la société, sauf toute stipulation contraire : la solidarité n'a lieu de plein droit qu'en matière commerciale (art. 1202). — Nous exceptons, bien entendu, le cas où les obligations sont indivisibles (1222).

2° L'un des associés agissant comme gérant, a contracté *au nom de la société* dans la limite de ses pouvoirs : — Chacun d'eux est tenu personnellement pour une part virile, comme s'il avait contracté directement : le gérant lui-même se trouve soumis, en sa qualité d'associé, à cette même obligation.

3° L'associé a contracté dans les limites de ses pouvoirs; mais *en son nom personnel :* — une action est accordée contre lui pour le tout; mais la société n'est pas obligée (3). — Peu importerait qu'elle eût profité des deniers empruntés : L'action *de in rem verso* est accordée aux tiers qui ont eu de justes motifs pour croire que la somme était destinée aux affaires sociales; mais dans notre espèce, ils n'ont pas même dû soupçonner l'existence de la société : Leur position est donc celle de tous autres créanciers de l'associé (4); or, ces derniers ne pourraient agir directement contre l'individu à qui l'emprunteur aurait remis la somme prêtée; mais seulement en vertu de l'article 1166, comme exerçant les droits et actions du débiteur commun.

(1) Merlin, quest., v° Croupier. Favard, v° Société, chap. 2, section 3, n. 6.

(2) Duvergier, n. 280, Troplong, n. 762.

(3) Cass., 12 juillet 1825.

(4) Troplong, n. 771 et suiv. 814. Delv., t. 3, p. 216, notes. Cass., 12 juillet 1825. Cass., 13 mai 1835. Dev., 35, 1, 854. Cass. 16 février 1853. D. p. 1853, 1. 47. *Voy.* cep. Dur., n. 449 t. 17. Duvergier, n. 404 et suiv. Merlin, quest. v° Société. n. 2. Malpeyre et Jourdain n. 102 et 425.

Dans le doute, on doit présumer que celui qui s'oblige, traite pour lui-même et non pour la société (arg. des art. 1152 et 1165); suivant cette maxime de Dargentrée : *Quoties quisquam in rebus contrahit sine adjutione externæ qualitatis semper proprio nomine contrahere videtur* (1).

Nous réservons, bien entendu, un recours à l'associé contre ses coassociés, jusqu'à concurrence du profit qu'il a procuré à la société : Ce recours s'exerce contre chacun, non pour leur part virile, mais pour une part proportionnelle à leur intérêt social (2).

4° Un associé a contracté dans l'intérêt social, *au nom de la société;* mais sans prendre la qualité d'associé : quel sera l'effet de cette obligation? — Aux termes de l'article 1859, à défaut d'une clause spéciale, les associés sont réputés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre : chacun d'eux administre en vertu de cet article, comme le gérant en vertu de l'article 1856; le mandat tacite produit le même effet que le mandat exprès (3). Les tiers ont donc une action contre tous les associés, personnellement pour leur part virile. — Lorsque les actes dépassent les limites de l'administration, un pouvoir exprès et spécial est nécessaire : ceux qui ont été faits par le gérant ou par l'associé en cette qualité, ne sont obligatoires pour la société qu'en raison de l'avantage qu'elle en a retiré : on applique les règles de la gestion d'affaires. — Ainsi, dans ce dernier cas, les coassociés sont tenus directement *de in rem verso,* en proportion de la part qu'ils ont dans la société; et indirectement, en vertu de l'art. 1166 (4).

Au résumé, la position des associés, en raison des engagements qu'ils ont contractés, est soumise aux règles suivantes : — On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même (1119). — Il faut, pour obliger ses coassociés avoir reçu d'eux un mandat, soit exprès, soit tacite. — Néanmoins, les associés sont tenus directement *de*

(1) Troplong, n. 778.

(2) Dur., n. 448. Troplong, n. 820. Duvergier, n. 402. Grenoble, 17 mai 1820. Cass. 18 mars 1824.

(3) Duvergier, n. 385. Troplong, n. 807. *Voy.* cep. Dur., n. 447 et 447. t. 17. Cet auteur est le seul qui exige un mandat spécial pour que l'associé administrateur puisse obliger la société envers les tiers : la faculté laissée à l'un des associés d'obliger ses coassociés, aurait, dit-il, de graves inconvénients.—Ces considérations tombent devant la règle que chaque associé est censé recevoir de ses coassociés un mandat pour administrer, quand un gérant n'a pas été nommé : nul doute qu'il aurait le droit, par ex., de vendre les objets destinés à être vendus et celui de passer un bail, or, ces actes entraînent des obligations envers les tiers, en cas d'éviction ou de trouble apporté à la jouissance.—Le même auteur argumente de l'art. 1852 : Aux termes de cet article, dit-il, l'associé qui a contracté de bonne foi une obligation dans l'intérêt social, peut se faire indemniser par la société ; donc les coassociés ne sont point liés envers les tiers : nous ferons observer, que cet article parle d'engagements contractés par l'administrateur en dehors de ses attributions. —Le système de Duranton exposerait les parties à un cumul d'actions qu'on évitera, en conférant aux tiers une action directe contre chacune d'elles pour sa part virile.

(4) Troplong, n. 813, 814, 819 et suiv. Cass., 18 mars 1814.

in rem verso, si l'obligation a été contractée au nom de la société. — Les créanciers ne peuvent, sauf le cas où ils agissent *de in rem verso*, poursuivre les associés que pour leur part et portion virile. Ces principes sont consacrés par les art. 1862, 1863 et 1864.

Les dettes sociales doivent être acquittées avant que les associés puissent retirer leurs mises; suivant la maxime : *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*.—Il est clair, dès lors, que les créanciers personnels des associés ne viennent pas en concours, sur les biens sociaux, avec les créanciers de la société ; car ils ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur (1); — mais les créanciers de la personne morale appelée *société*, viennent au contraire par contribution, avec les créanciers personnels de l'associé, sur les biens de ce dernier ; car il est obligé envers eux.

Les associés sont tenus personnellement des dettes sociales, en matière civile comme en matière commerciale : mais dans le premier cas, on ne peut (à moins que l'obligation ne soit solidaire (1200) ou indivisible (1222) les poursuivre que pour leur part virile ; tandis que dans le deuxième, l'obligation est de plein droit solidaire.

Puisque la non-solidarité entre associés n'est que la conséquence des principes généraux sur les obligations contractées par plusieurs conjointement, il faut reconnaître, que la solidarité a lieu dans les cas prévus par la loi ; spécialement, que si plusieurs associés ont choisi conjointement un même mandataire, ils sont obligés solidairement envers lui (arg. de l'art. 2002).

Si la société ne se manifeste ni par des actes, ni par la conduite des parties intéressées (ce qui arrive dans les sociétés en participation), Pothier décide que l'administrateur est seul obligé, puisqu'il s'est présenté comme seul propriétaire : on admet généralement cette doctrine : les tiers n'ont compté que sur la solvabilité de celui qui a contracté directement avec eux ; à quel titre prétendraient-ils agir contre les participants (Duvergier, n° 499, Troplong, n° 826)?

1862 — Dans les sociétés autres que celle de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir.

1863 — Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part.

(1) Troplong, n. 865. *Voy*. cep. Fremery. Dr. comm., p. 32.

= Les tiers doivent supposer qu'en s'obligeant, soit par eux-mêmes, soit par l'entremise d'un mandataire, les associés veulent être tenus pour des parts égales; sauf ensuite, bien entendu, le recours des associés les uns contre les autres, en raison de leurs mises respectives : la loi ne fait exception à cette règle, que dans le cas où l'acte qui constate l'obligation détermine spécialement la portion pour laquelle ils seront engagés.

Que doit-on décider, cependant, s'il est prouvé que le créancier a connu la clause de l'acte de société qui établit entre les associés des parts inégales? La dette ne doit pas moins être divisée par parties égales entre tous les associés; l'art. 1863 est formel, il établit une règle générale : Pour que la dette se divisât entre les associés, proportionnément à leur intérêt, il faudrait même en ce cas une clause spéciale; car la renonciation au bénéfice du droit commun ne se présume pas. « Le tiers qui contracte avec ses associés, a dit M. Boutteville dans son rapport au tribunat, peut demander à chacun d'eux une part égale à sa créance, à moins qu'il n'ait été averti par la convention même, que l'un des associés avait une part moindre que les autres et *qu'il n'entendait s'engager qu'en proportion de sa part* (1). »

Les créanciers de la société ont un droit de préférence sur les biens qui lui appartiennent, à l'exclusion des créanciers personnels de l'associé; ce qui ne les prive pas de la faculté de venir par contribution avec les créanciers personnels de l'associé sur les biens qui lui sont propres; puisqu'il est personnellement obligé envers eux pour sa part virile (2).

(1) Fenet, t. 14, p. 413.

(2) Cette décision nous semble corroborée par un arrêt de la cour de Paris du 10 décembre 1814; par un arrêt de la cour de Montpellier, confirmé en cassation le 13 février 1821, lequel décide qu'en cas de concurrence entre les créanciers personnels d'un *commerçant* et les créanciers d'une société commerciale dont ce commerçant est membre, l'actif du débiteur failli doit être attribué par préférence à ses créanciers personnels, lorsque l'acte de société ne réunit pas les conditions prescrites par l'art. 42 du code de commerce; enfin, par arrêt de la cour de Paris du 4 mars 1840 (Dev. 1840, 2, 162), conçu dans le même esprit. — On argumenterait vainement d'un arrêt de cassation du 18 octobre 1814 : dans l'espèce jugée par cet arrêt, il s'agissait d'un commerçant qui faisait le commerce de deux manières; savoir : une espèce de négoce en son nom individuel, et une autre espèce de négoce en nom collectif avec un associé : cette cour a décidé, que les créanciers de la société avaient pu renoncer à leur droit exclusif sur les biens sociaux, et demander qu'il fût fait confusion des deux masses en une seule. — Nous en dirons autant d'un arrêt de la cour de Rouen du 10 décembre 1839 (Dev. 1840, 2, 118). — Quant à l'arrêt de cassation du 2 juin 1834 (Dev 1834, 1, 603), il ne statue pas sur la question : cet arrêt porte, que dans une société en participation, les créanciers de cette société n'ont aucun droit de privilége ou de préférence sur les créanciers personnels de l'associé gérant, quant aux objets par lui apportés dans la société; mais pourquoi? le dispositif nous le dit : « D'après les usages du commerce et de la jurisprudence existant sous l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a pas été innové par le code civil et le code de commerce, l'entière propriété des objets mis dans l'association en participation, est légalement censée résider sur la tête de l'administrateur..... Cette espèce de société n'est représentée vis-à-vis des tiers que par un des associés qui traite avec eux en son propre et privé nom et devient leur débiteur direct, à la différence des autres sociétés qui..... sont toujours vis-à-vis des tiers, représentées par une raison sociale au nom et pour le compte de laquelle se font les traités et actes relatifs à la

— Si la convention passée avec des tiers porte que la responsabilité d'un associé sera limitée à la perte des capitaux qui forment sa mise, cet associé devra-t-il rapporter les bénéfices qu'il aura reçus pour sa part dans les répartitions précédemment faites ? ~~ Les auteurs qui ont écrit sur le Code de commerce ne s'accordent pas sur la solution de cette difficulté : les uns posent en principe, que dans une société en commandite, tout partage de bénéfices est essentiellement provisoire et soumis au rapport (1). ~~ D'autres décident le contraire (2). ~~ D'autres enfin pensent, que la question est une de celles qu'on ne peut soumettre à une règle absolue et inflexible et que c'est par les circonstances bien plus que par le droit qu'elle doit être résolue (3). ~~ L'examen de cette difficulté nous jetterait hors des matières du droit civil. — La distinction suivante, admise par Duvergier (n. 398), nous paraît seule conforme aux principes généraux : la répartition a eu lieu depuis que la dette a pris naissance ou avant : au 1er cas, le rapport peut être exigé ; au 2e cas, elle est irrévocable : les tiers ne peuvent se plaindre s'ils ne trouvent point dans la masse active des sommes qui avaient cessé d'y figurer lorsqu'ils ont accepté la société pour débitrice ; seulement, à partir de cette époque, les répartitions sont considérées, par rapport à eux, comme des actes frauduleux.

Quid, si l'acte porte que l'obligation de l'un des associés est restreinte sur le pied de sa part dans la société, sans autre explication ? ~~ L'égalité, dit Duranton (n° 451), se présume toujours jusqu'à preuve du contraire : cet associé est tenu pour sa part virile, s'il n'est pas d'ailleurs prouvé que le créancier savait, en traitant, quelle était la part de l'associé. ~~ Ce serait pousser trop loin la rigueur du principe : la loi n'exige point une stipulation spéciale, pour que les associés soient obligés par égales portions : on ne comprendrait pas l'utilité d'une stipulation qui aurait pour objet unique de maintenir le droit commun ; — il est plus rationnel de décider que les parties ont entendu s'écarter des règles ordinaires (1157) (Duvergier, n. 392).

Si l'un des coobligés a, dans la société, une part plus forte que les autres, le créancier peut-il, à son choix, poursuivre cet associé en raison de sa part dans la société, ou seulement en raison de sa part virile ? ~~ En réglant la part de chacun des obligés sur le pied d'une part virile, l'article 1863, disent Duranton, n° 451, et Delvincourt, p. 124, n° 6, prétend accorder une faveur à ce créancier ; on ne doit pas rétorquer cette disposition contre lui. — Suivant ces auteurs, l'intérêt du créancier serait le motif déterminant de l'art. 1863 : or, nous avons démontré que cet article n'est qu'une application des principes généraux établis par l'art. 1202. (Toullier, t. 6, n° 710 ; Duvergier, n° 393).

La solidarité a-t-elle lieu de plein droit entre associés, à raison des engagements respectifs qu'ils ont contractés respectivement ? ~~ La solidarité ne se présume pas (1202) : il n'existe au titre de la société aucune disposition spéciale qui déroge à cette règle (Cass., 9 novembre 1831 ; Dev., 1832, 1, 10).

1864 — La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient

« société. Il suit naturellement que tous les créanciers, ceux de la société comme ceux du gé-« rant, doivent venir concurremment.» Dur., n. 457. Duvergier, n. 405. Grenoble, 22 novembre 1834. Dev., 1835, 2, 69. 1er juin 1831. Voy. cep. Zach., p. 71.

(1) Persil, p. 103. Rouen, 11 février 1811.

(2) Cass. 14 février 1810.

(3) Pardessus, n. 1035. Malpeyre et Jourdain. Sociétés commerciales, p. 147. Voy. Dev. note sur l'arrêt de 1810.

donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société.

= Du principe qu'un associé ne peut en général obliger ses coassociés, il résulte, que la société n'est point liée par la simple déclaration qu'une obligation est contractée pour son compte.

Notre article fait cependant exception à cette règle dans deux cas :

1° Lorsque les associés ont chargé quelqu'un (associé ou autre) de contracter en leur nom : ils doivent alors subir les conséquences de ce mandat.

2° Lorsque la chose a tourné au profit de la société : tous les associés sont alors obligés *de in rem verso* envers le créancier, encore qu'ils n'aient point conféré de pouvoirs ; car l'équité ne permet pas que l'on s'enrichisse aux dépens d'autrui.

L'action *de in rem verso* suppose que l'obligation a été contractée pour le compte de la société (1) ; elle n'est accordée contre les associés, que jusqu'à concurrence de ce qui a profité à la société, et dès lors, contre chaque associé, en proportion de ses droits dans la masse sociale (2) ; sans préjudice, bien entendu, de l'action du créancier, pour le montant total de l'obligation, contre l'associé qui a contracté.

Observons surtout, que les tiers n'exercent pas l'action *de in rem verso* en vertu de l'art. 1166 ; mais directement, en leur nom personnel : par conséquent, ils ne se trouvent pas soumis aux compensations et exceptions qui pourraient être opposées aux autres créanciers de leur débiteur.

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

La loi détermine, d'une manière générale, dans l'article 1865, les différentes manières dont finit la société ; elle s'occupe ensuite particulièrement de chacune d'elles.

1865 — La société finit,

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ;

(1) Troplong, n. 771 et suiv. Delv., p. 216, t. 3, notes. Cass., 18 mars 1824. Voy. cep. Duvergier, n. 404. Dur., t. 17, n. 449. Merlin, quest., v° Société, n. 2. Malpeyre et Jourdain, n. 102 et 125. Suivant ces auteurs, l'action *de in rem verso* est accordée contre les associés quand même l'obligation n'aurait pas été contractée au nom de la société ; par cela seul qu'elle en a profité.

(2) Troplong, n. 820. Delv., p. 124, n. 4. Duvergier, n. 401. Dur., t. 17, n. 448. Cass., 18 mars 1824.

2° Par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation ;

3° Par la mort naturelle de quelqu'un des associés ;

4° Par la mort civile (1), l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux ;

5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société.

= Notre article énonce cinq causes de dissolution de la société :

1° L'*expiration du temps :* le terme expiré, la société finit de plein droit, lors même que l'opération ne serait pas terminée (2) : les parties se trouvent, jusqu'au partage, dans un état de simple communauté.

Il en est de même, lorsque les associés ont pris pour terme l'arrivée d'un événement ; par ex., le mariage de l'un d'eux : la réalisation de cet événement dissout de plein droit la société (*voy.* 1866).

Si la société a été contractée pour une certaine opération, par ex., pour construire un bâtiment, la société finit de plein droit dès que l'opération est terminée (3).

Tous les auteurs donnent encore pour ex., le cas où deux aubergistes s'associeraient pour faire le commerce et loueraient pour cinq ans une maison destinée à ce genre d'exploitation : le terme serait implicitement fixé à la durée de la société. (Troplong, n° 874).

Gardons-nous surtout de confondre le cas où l'événement est pris pour terme, avec celui où il forme une condition resolutoire : la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, replace les choses dans l'état où elles se trouveraient si l'événement n'était pas arrivé : une communauté de fait est censée avoir existé jusqu'alors entre les parties.

2° L'*extinction de la chose :* la perte totale du fonds commun dissout la société.

Que faut-il décider, si la chose qui forme la mise de l'un des associés vient à périr ?

Deux cas principaux sont prévus : cette chose a été mise dans la société pour la propriété, ou seulement pour la jouissance. — Le premier cas se subdivise : si la chose, objet de l'apport promis, périt avant que la propriété en ait été transmise, le promettant ne peut prendre part aux bénéfices réalisés, puisque le contrat qui lui conférait le titre d'associé ne reçoit point d'exécution.—Si l'événement

(1) La mort civile est abolie.

(2) Troplong, n. 870. Pardessus, t. 4, n. 1085. Malpeyre et Jourdain, n. 449.—Jugé toutefois, qu'une société n'est point dissoute par l'expiration du temps fixé pour sa durée, si les opérations sociales ont toujours continué depuis ; mais que les associés ou leurs représentants peuvent toujours, en ce cas, interrompre à leur volonté les opérations sociales et provoquer la liquidation de la société. Cass. 14 mars 1848. Pal., 1848, 2, 6.

(3) Dur., t. 17, n. 461. Bruxelles, 13 janvier 1810.

est survenu depuis que la mise a été réalisée, la convention doit produire ses effets : l'associé n'a pas moins acquis des droits sur le fonds social, et par suite celui de prendre part aux bénéfices : l'être moral appelé société est devenu propriétaire ; il doit supporter la perte : Ainsi, la société continue (*voy.* art. 1867).

Appliquez ces règles, au cas où l'associé a promis l'usufruit d'un corps certain : puisque ce droit est un démembrement de la propriété, il y a même raison de décider que pour le cas où la mise consiste dans la pleine propriété.

Si l'associé a seulement promis de procurer la jouissance d'un corps certain, l'apport se réalise au fur et à mesure ; ou plutôt, il n'est jamais réalisé complétement : par conséquent, si cette chose périt, la société est dissoute.

Les principes que nous venons d'exposer, sont restreints aux sociétés particulières : ils ne peuvent s'appliquer aux sociétés universelles, soit de biens présents, soit de gains ; car dans ces sortes de contrats, l'apport des associés n'est pas limité aux biens actuellement réalisés : il comprend en outre les bénéfices résultant de leur industrie et la jouissance des biens qui pourront leur advenir par succession, donation ou legs, sous les distinctions que nous avons établies (*voy.* art. 1837 et 1838) : ainsi, nonobstant la perte des biens existants, la société continue.

Nous placerons sur la même ligne que la perte du fonds commun, la consommation de l'affaire pour laquelle la société a été formée : la société n'a plus de cause, puisque le but que les associés se proposaient est atteint.

3° La *mort naturelle de quelqu'un des associés :* la société finit alors de plein droit, instantanément, à l'égard de tous les associés sans distinction, qu'elle soit universelle ou particulière ; pour un temps illimité ou pour un certain temps : l'article ne distingue pas.

La dissolution a lieu, même entre les associés survivants ; car les qualités personnelles du défunt ont pu déterminer l'un d'eux à entrer dans la société.—Il faut toutefois excepter le cas où l'on serait convenu, dans la prévoyance de la mort de l'un des associés, que la société continuerait soit entre les survivants (*voy* 1868), soit avec les héritiers du prédécédé.

En certains cas, cette convention résulte de la nature des choses : ainsi, la mort du bailleur n'entraîne pas l'extinction des sociétés formées par le cheptel ou par le bail à colonage.— Dans les sociétés en commandite divisées par actions, et *à fortiori* dans les sociétés anonymes, il serait absurde de prétendre que la mort d'un actionnaire entraînât l'extinction de la société.

4° L'*interdiction* qui résulte de l'état de démence ou d'une condamnation (29 Com.), anéantit de plein droit la société ; car elle en-

lève à la société une coopération personnelle qu'on lui avait promise (1871).

On doit assimiler à l'interdit, celui qui se trouve placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire; car cette position rend la personne, incapable de faire seule certains actes qui peuvent importer à la société (499 et 513) (1).

La *faillite* et la *déconfiture* doivent produire le même effet, puisqu'elles privent l'associé de l'administration de ses biens, et font retomber sur les associés solvables tout le poids des engagements sociaux.—Ajoutons que, par suite de ces circonstances, la société se trouverait constamment troublée par l'intervention des créanciers de l'associé.—Toutefois, ces causes de dissolution ne sont pas d'ordre public : on peut valablement convenir, dans le pacte social, que la société continuera. — Appliquez ce que nous dirons sous l'art. 1868, sur le cas de dissolution par la mort de l'un des associés (2).

4° La *volonté qu'un seul exprime de n'être plus associé :* c'est là, un caractère particulier au contrat de société : on a craint les difficultés que pourrait faire naître une communauté forcée.—Ainsi, la règle : *nihil tam naturale est quo modo res colligatæ sint eodem modo eas dissolvi*, n'est point applicable en matière de société.

Mais nous verrons, qu'il faut distinguer à cet égard, entre les sociétés contractées sans limitation de temps, et celles qui ont une durée limitée (*voy.* art. 1869).

5° Lorsque l'un des associés manque à ses engagements (1871).

6° Par la volonté que tous expriment de n'être plus associés (3): un seul associé aurait le droit de s'opposer à la dissolution avant le terme, et d'exiger que le contrat fût exécuté.

La dissolution des sociétés civiles peut être expresse ou tacite ; en d'autres termes, elle peut résulter soit d'un acte, soit des circonstances : par ex., si les parties ont abandonné l'opération.

Par quels moyens peut on prouver la dissolution? Aucune difficulté ne s'élève quand la dissolution résulte d'un acte.

Lorsque la dissolution est *tacite*, il faut distinguer : si elle a devancé le terme fixé pour la durée du contrat, la preuve testimoniale n'est admissible, que dans les cas où l'on pourrait établir ainsi l'existence de la société. — Si la durée de la société est illimitée, comme chaque partie est libre, en ce cas, de rompre le contrat quand bon lui semble, tous moyens de droit, sans excepter la preuve testimoniale, même non appuyée d'un commencement de preuve par écrit, à quelque somme que s'élève l'objet de la société, peuvent être

(1) Dur., n. 474. Suivant Delv. (p. 128, n. 4), cette cause peut seulement, selon les circonstances, autoriser une demande en dissolution.

(2) Orléans, 29 août 1844. Pal. 1844, 2, 417.

(3) La dissolution des sociétés commerciales est soumise à certaines formes (*Voy.* art. 46 C. de comm.)

employés pour établir les faits de dissolution. — L'acte de dissolution ne fait foi, vis-à-vis des tiers, qu'à partir du jour où il a acquis date certaine (1); — la preuve testimoniale est admise, pour établir qu'ils ont eu connaissance de la dissolution tacite.

1866 — La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société.

= La société finit de plein droit à l'expiration du temps fixé; mais on peut la proroger. — La prorogation crée-t-elle une société nouvelle? Distinguons : si elle est autorisée par le contrat, l'ancienne société subsiste : le mot *prorogation* devient alors synonyme de *continuation;* il exclut toute idée d'intermittence. — Si le contrat de société garde le silence à cet égard, la prorogation constitue nécessairement un nouveau contrat.

Cette remarque est importante; car dans le dernier cas, il y a lieu de procéder à une liquidation (2) (*voy.* art. 1868).

Quel que soit au surplus le rapport sous lequel on envisage la prorogation, deux conditions sont requises pour qu'elle ait lieu; il faut : 1° qu'elle soit prouvée par un acte revêtu des mêmes formes que le contrat de société; — 2° que les associés soient unanimes : la majorité, dans l'espèce, ne peut contraindre la minorité.

Quel est le sens de ces mots : *des mêmes formes?* la loi veut-elle dire qu'il faut employer un acte identiquement semblable à l'acte constitutif? Par ex., un acte authentique ou un acte privé, suivant que le premier acte est authentique ou sous seing privé? Non : son but unique est de faire entendre, que la prorogation ne peut être prouvée que par les moyens à l'aide desquels il aurait été permis de prouver l'existence de la société elle-même (3) : ainsi, on peut établir par témoins la prorogation d'une société dont l'objet n'excède pas 150 fr., soit que le contrat primitif ait été ou non rédigé par écrit (1341); on peut prouver, par un acte sous seing privé, la prorogation d'une société constatée par acte authentique.

Nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à l'admission de la preuve résultant du serment, encore que l'objet de la société excédât 150 fr.

Il suffit même que les parties aient pris la qualité d'associés, dans certains actes auxquels elles sont intervenues pour stipuler ou pour s'obliger : les documents qui serviraient à prouver la constitution de la société, sont admis comme preuve de la prorogation.

(1) Pothier, n. 153. Troplong, n. 911.

(2) C'est en ce sens que Troplong (n. 91) nous paraît avoir entendu l'art. 1866.

(3) Dur., n. 462, Duvergier, n. 416 et suiv. Delv., p. 127, n. 9. Troplong, n. 914. Cass., 12 décembre 1825.

Jugé, que la règle de l'art. 1866 n'est qu'une application des principes généraux consacrés par l'art. 1341, et que cette règle reçoit dès lors exception dans les cas prévus par les art. 1347 et 1357 (Arg. de l'art. 1843) (1).

— Peut-on considérer la société comme prorogée, lorsque les associés ont continué leurs opérations après l'expiration du terme fixé? — Nous avons établi que les tribunaux peuvent admettre comme moyen de preuve, entre les parties, et même en faveur des tiers, non-seulement des écrits émanés des associés, mais encore des actes où la qualité d'associé leur a été donnée sans réclamation de leur part et même des faits non contestés : pourquoi n'admettrait-on pas ces documents comme preuves de prorogation? — Les tiers peuvent, comme les parties, établir par témoins le fait de prorogation : mais un écrit ayant date certaine est la seule preuve que l'on puisse invoquer contre eux (*voy.* nos observations sur l'art. 1834) (Duvergier, n° 417, 78, 80-83).

1867 — Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé.

Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société (2).

= Les dispositions de cet article, se réfèrent à la deuxième cause d'extinction mentionnée dans l'art. 1865 ; trois cas sont prévus :

1° La chose qu'on a *promis* de mettre en commun pour *la propriété*, périt avant que la mise en soit effectuée : la perte, dit notre article, *opère la dissolution de la société :* ces mots ne rendent pas la pensée du législateur ; il faut lire : *empêche la société de se former :* en effet, ce qui est dissous, ce n'est pas la société, puisque son existence était subordonnée à la réalisation de la mise; mais la convention qui devait avoir pour résultat de constituer une société.

Notre article suppose évidemment que l'apport consiste dans un corps certain et déterminé; car, *genus non perit*.

Quid, si la mise de l'un des associés comprend plusieurs choses? la perte de l'une de ces choses, survenue avant que l'apport n'ait été réalisé, entraîne-t-elle la dissolution de la société? On examine

(1) Dur., t. 17, n. 344. Duvergier, Sociétés, n. 69. Troplong, Sociétés, n. 200. Cass. 12 décembre 1825, 15 avril 1834. D., p. 34, 1, 340. Cass. 19 juillet 1852. D. p. 1852, 1, 299.

(2) Article obscur, mal rédigé, enfanté par amendement ; il contient des dispositions incohérentes.

quelle est l'importance relative des objets perdus : si elle est telle que les associés n'eussent pas accepté la mise ainsi réduite, la société sera dissoute; dans le cas contraire, elle sera maintenue (arg. des art. 1601 et 1722) (1).

Ici s'élève une difficulté grave : aux termes de l'art. 1589, la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix : or, nous savons que la vente est translative de propriété (1583), et qu'elle met la chose aux risques de l'acheteur, encore que la tradition n'ait point eu lieu (art. 1138, et 711) : d'après ces principes, la promesse de livrer, faite par un associé, devrait également rendre la société propriétaire et mettre à sa charge la perte survenue même avant la délivrance : cependant, notre article semble décider le contraire : introduit pour expliquer l'art. 1856, il déclare la société dissoute par la perte de la chose survenue avant que la mise en soit effectuée : cette disposition serait inconciliable avec les principes généraux, si on l'appliquait au cas de promesse *pure et simple* d'apporter un corps certain : pour que la perte puisse être une cause de dissolution (c'est-à-dire puisse empêcher la société de se former), il faut nécessairement supposer que la promesse a été faite sous une condition suspensive (1282); ou que l'un des associés s'est engagé à mettre en commun une chose dont il n'était pas encore propriétaire et qu'il n'a pu se procurer (2).

Ainsi, suivant nous, ces expressions : *avant que la mise en soit effectuée*, sont employées comme équivalentes de celles-ci : *avant que la propriété en ait été apportée*. Il n'est pas présumable, en effet, que le législateur ait voulu déroger au principe général de la transmission de propriété par le seul effet des conventions (711, 1583, 1138) ; que la tradition soit exigée, pour que la société devienne propriétaire.—Au surplus, les observations du Tribunat indiquent suffisamment, que l'on s'est uniquement proposé, dans la rédaction définitive de l'art. 1867, de déterminer les conséquences que la règle *res perit domino* entraîne relativement à la dissolution de la société, et non de fixer l'époque à laquelle la propriété de la chose qui forme la mise de l'un des associés, doit être considérée comme acquise à la société (3) (*voyez* Fenet, t. 14, p. 383).

Appliquez ces observations au cas de perte d'une chose dont l'un des associés à fait l'apport en usufruit : il y a même raison de décider pour les démembrements de la propriété que pour la pleine propriété.

Mais est-il bien vrai que le contrat ne soit jamais rompu, si la

(1) Duvergier, n. 420 et 428. Malleville, sur l'art. 1865. Toullier, n. 461. Delv. p. 126, n. 5. Troplong, n. 940.

(2) Troplong, n. 931 et suiv.

(3) Dur., n. 467. Delv., p. 128, n. 5. Toullier, t. 7, n. 456 et suiv. D., Société, p. 97, n. 9, p. 89, n. 2. Duvergier, n. 421 et suiv. Troplong, n. 925. Zach., p. 73.

société est devenue propriétaire de la chose? La rédaction de notre article ne laisse-t-elle pas à désirer sous ce rapport? Assurément, la dissolution aurait lieu, si cette chose constituait à elle seule le fonds social, ou du moins la partie principale, essentielle de ce fonds : mais si la perte n'a été que partielle, si la chose n'a qu'une importance secondaire, ou si ce qui reste du fonds social suffit pour atteindre le but que se sont proposé les associés, sans nul doute la société subsistera, puisque les opérations sociales ne cesseront pas d'avoir une base réelle. — Entendu autrement, l'art. 1867 serait en contradiction manifeste avec l'art. 1865, 2° (1).

2° *L'associé n'a mis en commun que la jouissance de la chose ;* en d'autres termes, il a promis de procurer à la société la jouissance d'un corps certain : sa mise consiste alors dans les fruits que cette chose produira ; il existe, en quelque sorte, autant d'apports différents qu'il y a de perceptions de fruits ; autant de dettes particulières qu'il y a de termes échéant successivement. — La société se trouve placée sous l'influence d'une règle analogue à celle qui régit le bail (2) : si la jouissance vient à cesser, l'associé ne réalise plus son apport ; il doit perdre dès lors le droit qui lui appartient comme équivalent de la jouissance qu'il était tenu de procurer.—Ex. deux cultivateurs conviennent de réunir leurs chevaux pour labourer un champ : si le cheval de l'un vient à mourir, la société sera dissoute; car ils n'ont mis en commun que la *jouissance* de leurs chevaux. — Tel serait encore le cas où la mise de l'un des associés consisterait dans une industrie particulière qu'il ne pourrait plus exercer à raison de quelque accident qui lui serait survenu : toutefois, il faudrait pour cela que l'empêchement fût absolu ; s'il n'était que momentané, la société continuerait (3).

Lorsque les choses mises en commun pour la jouissance, sont de nature à se consommer par l'usage, ou à se détériorer en les gardant ; lorsqu'elles sont destinées à être vendues, ou lorsqu'elles ont été mises dans la société sur une estimation portée dans un inventaire, la société en devient propriétaire (1851) : la perte de ces choses ne peut dès lors entraîner la dissolution de la société : *res perit domino.*

A la vérité, l'art. 1867 porte que la société est dissoute, *dans tous les cas,* par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun : mais cet article exige pour cela deux conditions ; il faut : 1° que la jouissance seule ait été mise en commun; 2° que la propriété soit restée dans les mains de l'associé : or, on ne peut dire qu'il ait conservé cette propriété, dans les hypothèses que

(1) Troplong, n. 917 et suiv. 942.
(2) Troplong, n. 943. Toullier, t. 7, n. 451 et 452.
(3) Dur., t. 17 n. 468. Troplong, n. 947.

nous venons de déterminer (1). — Exceptons le cas où les choses dont il s'agit constitueraient la partie essentielle du fonds social.

3° *La chose périt après avoir été livrée :* la société supporte évidemment cette perte ; mais la dissolution aurait lieu, nous le répétons, si cette chose avait une importance telle, que la société se trouvât dans l'impossibilité de continuer.

Il doit en être de même, lorsque la perte est survenue depuis la mise en demeure de l'associé, si la chose eût également dû périr après avoir été livrée (Arg. des art. 711, 1138 et 1302) (2).

Terminons en faisant observer, que dans les cas prévus par l'art. 1867, la dissolution n'a pas lieu de plein droit : il faut qu'elle soit demandée (arg. de l'art. 1138).

— *Quid*, dans l'espèce : nous formons une société pour six ans ; j'apporte la jouissance d'une maison qui rapporte, année commune, 1,000 fr. ; mon associé, de son côté, fait une mise de 6,000 fr. en propriété : si ma maison vient à périr au bout de trois ans, par ex., aurais-je quelques droits sur le capital des deniers apportés? ⇝ On doit procéder, répond Dur. (n. 466) *ex æquo et bono :* le capital se trouve mis en rapport avec la jouissance : or, j'ai effectué une mise de trois années de jouissance : mon associé prélèvera donc avant partage la moitié du capital apporté : le surplus se partagera par moitié avec les bénéfices, s'il y en a.

1868 — S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies : au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède.

= En principe, la mort de l'un des associés dissout la société : les Romains interprétaient cette règle à la rigueur ; ils ne permettaient pas même de stipuler que la société continuerait avec les héritiers du prédécédé : la société, disaient-ils, ne peut se contracter avec une personne incertaine et inconnue ; or, au moment du contrat, on ignore quels seront les héritiers des parties.

Mais le Code permet de stipuler, qu'en cas de mort, la société continuera avec les héritiers de l'associé prédécédé : la société continue alors, quel que soit le nombre des héritiers et quelle que soit leur qualité ; elle continue même avec les héritiers contractuels ou testamentaires, qu'ils soient majeurs ou mineurs (3) : Le mot *héritiers*, comprend ici les héritiers testamentaires comme les héritiers

(1) Toullier, n. 461, t. 7, notes. Duvergier, n. 427. Troplong, n. 946.
(2) Pothier, n. 111. Duvergier, n. 421.
(3) Troplong, n. 954. Dur., t. 17, n. 478. *Voy.* cep. Duvergier, n. 441.

ab intestat; les héritiers légitimes comme les successeurs irréguliers (1).

Si l'on est seulement convenu qu'elle continuera entre les associés survivants, les héritiers prélèveront ce qui pouvait être dû à leur auteur, eu égard à la situation de la société lors du décès; mais les opérations ultérieures, bonnes ou mauvaises, leur seront étrangères pour le gain comme pour la perte.—La loi fait toutefois exception à cette règle, pour les opérations qui sont une suite nécessaire de celles qui ont eu lieu avant la mort : les tribunaux sont appréciateurs des circonstances.—Ex. : une pacotille a été envoyée outre-mer; pendant le trajet, un associé meurt : les héritiers prendront part, soit dans les bénéfices, soit dans la perte. Mais ne concluons pas de là, qu'ils deviendront associés des survivants; ils se trouveront seulement en communauté avec eux, jusqu'au moment du partage.

Lorsqu'on a stipulé que la société subsistera nonobstant la mort d'un associé, la déconfiture ou l'interdiction de l'un d'eux n'est pas une cause de dissolution.

S'il a été stipulé que la société continuera malgré le décès de tel associé, elle finira par le décès d'un autre.

Les effets de la dissolution survenue par la mort de l'un des associés, peuvent être considérés par rapport aux héritiers du prédécédé, par rapport aux associés survivants, enfin par rapport aux tiers.

Sous le premier point de vue, les héritiers sont tenus, nonobstant la dissolution, de continuer les affaires commencées par leur auteur pour le compte de la société : L'art. 2010 reçoit son application; car le gérant (1856), et à défaut du gérant chaque associé (1859), est mandataire de ses coassociés dans certaines limites.

Toutefois, cette obligation cesse, lorsque l'héritier ne peut être chargé d'administrer, par ex., s'il est mineur; ou lorsque la nature des affaires exige soit des connaissances spéciales, soit des qualités particulières (2).

L'héritier continuateur des opérations commencées, doit informer les autres associés du décès de son auteur : s'il avait gardé le silence, ces derniers pourraient, suivant leur intérêt, considérer la société comme maintenue ou comme dissoute (2008).

Les résultats de l'opération continuée par l'héritier, sont pour le compte de la société, qu'il y ait perte ou bénéfice.

(1) Duvergier, n. 440. Troplong, n. 952.

(2) Duvergier, n. 441.—Suivant Duranton, n. 473, la société continuerait bien que l'un des héritiers fût mineur : comment admettre cette opinion en présence des formalités gênantes et coûteuses, auxquelles sont assujetties l'aliénation et l'administration des biens de mineurs? Si l'un des associés vient à être frappé d'interdiction, la société se dissout; or, la minorité de l'un des héritiers doit produire le même effet que l'interdiction.

Observons, que l'héritier doit continuer les opérations commencées ; mais qu'il n'a point qualité pour entreprendre de nouvelles affaires.

La mort de l'un des associés produit à l'égard des survivants, le même effet que vis-à-vis des héritiers de l'associé prédécédé :

Il faut, par conséquent, apprécier d'après les règles du mandat, les opérations commencées par l'un des associés avant le décès de son coassocié, où dans l'ignorance de l'événement. On applique tout ce que nous avons dit sur les opérations terminées ou commencées soit avant, soit depuis le décès : les héritiers du prédécédé participent aux avantages et aux obligations que ces actes entraînent, comme s'ils avaient été consommés avant la dissolution (2008) (Pothier, n° 156) — les héritiers de l'associé se trouvent liés, lors même qu'ils sont mineurs ; car par une espèce de fiction la société est censée avoir continué : *valet societas* (1).

La dissolution produit à l'égard des tiers les mêmes effets qu'à l'égard des héritiers du prédécédé ou des associés survivants : leur position mérite d'autant plus de faveur, qu'ils ont pu être victimes d'une surprise ; par conséquent, on doit les admettre à se prévaloir de la fiction qui répute la société encore existante.

Nous supposons que les tiers ont été de bonne foi : s'ils avaient eu connaissance du décès par une voie quelconque, on rentrerait dans la réalité : les actes consentis à leur profit, seraient privés d'effet (2) ; la dissolution les atteindrait.

La société prorogée, soit entre les survivants, soit avec les héritiers du prédécédé, n'est pas une société nouvelle, si la prorogation résulte d'une clause du contrat originaire ; mais il en est autrement, lorsque le titre originaire garde le silence : en ce cas, la prorogation n'efface point les effets de l'intermittence ; il y a lieu de procéder à une liquidation (3).

Les fruits et autres émoluments produits par les biens de la société, depuis la dissolution, font partie de la masse commune.

Mais, nous déciderions autrement, si les biens n'avaient été mis en société que pour la jouissance : cette jouissance cesserait de plein droit du jour de la dissolution ; par conséquent tous les fruits perçus à partir de cette époque appartiendraient à l'associé propriétaire (Pothier, n° 158).

La règle s'appliquerait même au cas où les fruits auraient été, au temps de la dissolution, pendants par racines : seulement l'associé propriétaire devrait alors tenir compte à la société, des frais de labour et de semences (Pothier, n° 158).

La mort du gérant entraîne-t-elle la dissolution de la société, bien

(1) Pothier, n. 156. Duvergier, n. 440 et 441. Troplong, n. 952 et 954. Dur. n. 473.
(2) Troplong, n. 903 et suiv.
(3) Troplong, n. 955 et suiv. Agen, 4 août 1807.

qu'il soit prouvé que les associés ont eu en vue la chose qui en forme l'objet, plutot que la personne du gérant? — Distinguons : si l'acte contient à cet égard une stipulation formelle, les associés peuvent choisir, par une délibération prise à la majorité, un nouvel administrateur. — Si l'acte est muet, la société ne peut subsister; car il s'agit de former un nouveau contrat : par conséquent, le consentement de tous les intéressés est nécessaire (Duvergier, n. 435).

1869 — La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps.

= Lorsque la durée de la société est limitée, soit par l'expression d'un terme déterminé, soit par la nature de l'affaire (art. 1865), la dissolution ne peut avoir lieu que du consentement de tous les coassociés ; quand même les choses seraient encore entières ; à moins qu'il n'existe de justes motifs.

Mais il serait à craindre qu'une société *illimitée*, dans laquelle une ou plusieurs parties se trouveraient engagées malgré elles, ne devînt une source de contestations et de désordres : Aussi, la loi consacre-t-elle, dans cet article, une dérogation au principe que les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties (1134).

Dans quel cas la société a-t-elle une durée illimitée? Lorsqu'elle est contractée, sans terme défini, *in perpetuum ;* spécialement, lorsquelle ne doit se dissoudre que par la mort de l'un des associés (1844) (1).

Pour que la renonciation d'un seul puisse opérer la dissolution de la société, trois conditions sont requises; il faut :

1° Que cette renonciation ne soit pas faite à contre-temps ;

2° Qu'elle ait lieu de bonne foi (*voyez* l'art. 1870) ;

3° Qu'elle soit notifiée à tous les associés : si la notification a été faite à quelques-uns seulement, il dépend des autres associés, même de ceux qui l'ont reçue, de la considérer comme non avenue.

Quid si la difficulté s'agite entre les coassociés qui ont reçu et ceux qui n'ont pas reçu la notification? Le contrat sera maintenu s'ils ne peuvent s'entendre sur la dissolution : sans doute, le renonçant a dégagé les associés auxquels il a notifié; mais l'équité ne permet pas de livrer à leur discrétion ceux vis-à-vis desquels cette

(1) Duvergier, n. 458. Dur., n. 477. Troplong, n. 982. Zach., p. 75, n. 11. Delv., p. 235 t. 3.

formalité n'a pas été remplie : on ne saurait admettre que le fait du renonçant dût produire ce résultat (1).

La notification se fait en général par le ministère d'un huissier. — Elle peut aussi être constatée par un acte passé entre les assosociés.

Cet acte, s'il est sous seing privé, doit être fait, conformément à l'article 1325, en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.—On ne peut s'en prévaloir contre les tiers qu'autant qu'il a acquis date certaine (1328) : Aussi, le renonçant agira-t-il prudemment, pour éviter toutes difficultés, en recourant au ministère d'un huissier.

La renonciation faite de mauvaise foi ou à contre-temps est frappée, comme celle qui n'a pas été notifiée à tous les coassociés, de nullité relative ; c'est-à-dire, qu'il dépend des autres associés de ne pas y avoir égard, ou de la considérer comme valable, suivant leur intérêt ; de telle sorte que le renonçant aura libéré ses coassociés envers lui, sans s'être libéré envers eux : *Socium a se, non se a socio liberat* (2).

Il nous reste à faire observer, que les associés ne peuvent renoncer au droit de faire dissoudre, par le seul effet de leur volonté, la société dont la durée est illimitée : « L'esprit général, dit Delangle (*Sociétés*, t. 2, n. 667 et suiv.), est de rejeter toute renonciation anticipée des facultés dont l'exercice appartient à l'avenir : Ainsi, on ne peut renoncer à la prescription qui n'est pas acquise ; on ne peut s'interdire la faculté de demander un partage, dans le cas d'indivision ; on ne peut davantage renoncer au droit de demander la dissolution d'une société à terme, s'il survient des causes de nature à justifier la rupture du contrat.

« ..... En permettant à chaque associé d'abréger, quand il le juge à propos, le cours des sociétés contractées sans limitation de temps, la loi a voulu empêcher, que la vie d'hommes intelligents ne se consumât dans l'accomplissement de conventions qui, sans compensation suffisante, les condamnerait à de stériles occupations, sans cesse mêlées des querelles qu'enfante la communauté d'intérêts ; la loi n'a pas eu d'autre but : or, les inconvénients dont elle s'est préoccupée cessent-ils, parce que dans le pacte qui les lie, les parties auraient déclaré qu'elles s'interdisent la faculté que le droit leur accorde ? (3) »

1870 — La renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'as-

(1) Dur., n. 477. Duvergier, n. 458. Delv. t. 3, p. 235, notes. Troplong, n. 982. Zach., t. 3, p. 75.

(2) Duvergier, n. 460. Delv., p. 128, n. 13. Troplong, n. 973.

(3) Troplong, n. 968 et suiv. Duvergier, n. 415. Cass. 7 juin 1830, 6 décembre 1843. Dev., 1844, t, 22. Voy. cep. Dur. n. 477.

socié renonce, pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun.

Elle est faite à contre-temps, lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée.

= Pour que la volonté de l'une des parties puisse dissoudre les sociétés dont la durée est illimitée, notre article exige, indépendamment de la notification prescrite par l'article précédent, le concours de deux conditions ; il faut :

1° Que la renonciation soit de bonne foi ; ce qui n'a pas lieu, lorsqu'un associé renonce, pour s'approprier à lui seul un profit qui devait tomber dans la masse. — Ex. : deux libraires se sont associés pour faire ensemble le commerce de la librairie : l'un s'est ménagé le moyen de faire un marché très-avantageux : il renonce, afin d'avoir seul les bénéfices : cette renonciation ne le dispensera pas de mettre à la masse le profit qu'il aura fait. — Mais s'il a renoncé par dégoût du commerce (les choses étant encore entières), la renonciation sera valable.

Les coassociés peuvent se borner (sans considérer la société comme dissoute), soit à faire verser tout le profit dans la caisse sociale, si l'opération a été heureuse ; soit à laisser l'affaire au compte de l'associé renonçant, si le résultat a été malheureux.

Comme on le voit, la mauvaise foi est sévèrement punie.

Supposons qu'il y ait eu pour l'associé une cause de gain qui lui était inconnue lorsqu'il a renoncé en vue de s'approprier frauduleusement le profit d'une affaire : ce bénéfice lui restera-t-il propre? D'une part, on peut dire qu'il n'y a pas eu de dol à cet égard, et qu'on ne doit pas étendre les peines d'un cas à un autre : (1) Mais cette décision nous paraît difficile à concilier avec le texte de l'art 1869 : Cet article, conçu en termes absolus, déclare la renonciation sans effet, lorsqu'elle a eu lieu de mauvaise foi ; or, elle produirait des effets partiels, si l'on distinguait les gains imprévus et les gains prévus, pour attribuer les uns au renonçant et les autres à la société. — Ne perdons pas de vue, que la renonciation sujette à critique, ne libère pas le renonçant envers ses coassociés ; mais les libère envers lui (2).

2° Que la renonciation ne soit pas faite à *contre-temps*, c'est-à-dire, dans un temps où l'opération étant commencée, il importe à la société que la dissolution soit différée. — Ex. : Pierre et Paul contractent ensemble une société de commerce : Pierre veut dissoudre la société, dans un moment où elle a intérêt à garder les marchan-

(1) Dur., t. 17, n. 463 et 477.
(2) Troplong, n. 976. Duvergier, n. 460.

dises, afin d'attendre une époque plus favorable pour la vente : la renonciation pourra être déclarée sans effet.

Pour juger si une renonciation est faite à *contre-temps*, on doit considérer uniquement l'intérêt commun de la société, sans s'occuper de l'intérêt particulier de celui qui s'oppose à la dissolution; à moins qu'il n'y ait, dans le contrat de société, quelque convention spéciale à cet égard.

Au surplus, ce sont là des questions de fait ; le juge prononce eu égard aux circonstances. Remarquons seulement, que la mauvaise foi et la renonciation à contre-temps ne se présument pas; il faut en établir la preuve (1).

Dans l'un et l'autre cas, la nullité, ainsi que nous l'avons déjà dit, est relative; c'est-à-dire, qu'il dépend des autres associés de considérer la renonciation comme régulière, ou de ne pas y avoir égard; de forcer le renonçant à contribuer aux pertes, si la société a fait de mauvaises affaires, ou de se prévaloir du bénéfice de la renonciation si elle en a fait de bonnes.

1871 — La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges.

= Les causes susceptibles d'entraîner la dissolution de la société avant le terme fixé pour sa durée, sont laissées à l'appréciation du juge : après avoir déclaré que la dissolution ne peut être demandée qu'autant qu'il y en a de justes motifs, la loi se borne à indiquer, à raison de leur gravité, le cas où l'un des associés manquerait à ses engagements (2), et celui où une infirmité habituelle le rendrait inhabile aux affaires de la société : ce dernier ne pourrait se faire remplacer par un mandataire ; car dans les sociétés, on considère principalement les qualités personnelles des contractants.

Nous poserons comme règle générale, que la société ne doit pas rester engagée envers celui de ses membres qui ne lui rend pas les services promis, même par un fait indépendant de sa volonté; ou qui ébranle, même par des actes étrangers aux affaires sociales, la confiance que ses coassociés avaient placée dans ses qualités personnelles; par ex. : s'il est devenu joueur ; s'il est prodigue dans ses propres affaires; s'il a compromis sa réputation par une inconduite

(1) Duvergier, n. 452 et suiv. Colmar, 14 juillet 1840. Pal., 1840. 2, 404.
(2) Cass., 27 mars 1844. Pal., 1844, 2, 533.

notoire : « La confiance mutuelle des associés dans leurs personnes respectives, disait Treilhard (1), est le vrai lien du contrat de société. »

Bien plus, il a été jugé, qu'une mésintelligence grave survenue entre associés, peut être une cause de dissolution de la société avant son terme (2).

Il est bien entendu, que la société peut poursuivre en dommages-intérêts l'associé qui ne remplit point ses engagements.

L'article 815, qui limite à cinq ans la convention d'indivision, est-il applicable ici? (*Voy.* art. 1844, Quest.)

— La disposition de l'article 1871 est-elle applicable, lorsque la société a été formée sans limitation de terme, pour une entreprise déterminée? — Le code, dit Duranton, n. 476, ne confond pas les sociétés à terme, avec les sociétés pour une entreprise d'une durée illimitée : dans ce dernier cas, chacun des associés peut renoncer à la société, tant que les choses sont encore entières, pourvu que la renonciation soit faite de bonne foi : tel est le cas prévu par la loi 65, § 4, ff., et reproduit par Pothier. L'art. 1871 ne parle que des sociétés à terme, et l'art. 1844 distingue fort bien ces sociétés de celles qui se forment pour une affaire dont la durée est même limitée par la nature de l'entreprise. — Restreindre le mode de dissolution par la seule volonté des parties, aux sociétés qui ne sont ni à terme fixe, ni pour une affaire limitée par sa nature, c'est vouloir que ce mode de dissolution ne soit applicable qu'aux sociétés universelles, sortes de sociétés, pour ainsi dire, inconnues dans la pratique. — Nous n'admettons pas cette opinion : De même qu'un associé ne peut se délier avant l'expiration du terme; de même, lorsque la société a pour objet une entreprise déterminée, il serait contraire à la loi qui régit les contrats, de décider qu'une convention légalement formée peut être révoquée autrement que par le consentement mutuel des parties. — Vainement dit-on, qu'étendre la disposition de l'art. 1871 aux sociétés formées pour une entreprise déterminée, c'est vouloir que la dissolution par la seule volonté, ne soit applicable qu'aux sociétés universelles; cette observation est inexacte : ceux qui s'associent pour faire le commerce de vins ou de draps, font-ils une société universelle? — L'art. 1871, il est vrai, parle d'une stipulation de terme; mais le terme peut être tacite : Or, une société qui a pour objet une entreprise déterminée n'est pas illimitée; le terme est seulement incertain. — Ajoutons, que l'art. 1844 ne rappelle la faculté conférée par l'art. 1869, que relativement aux sociétés contractées pour toute la vie des associés (Duvergier, n. 453; Troplong, n. 970; Zach., p. 76).

1872 — Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent au partage entre associés.

= Après la dissolution de la société, les associés se trouvent en état de communauté; chacun d'eux a le droit de demander le partage du fonds commun. — L'action en partage se porte devant le tribunal du lieu où la société avait son siége.

(1) Exposé des motifs. Fenet, t. 14, p. 401.
(2) Aix, 18 Juin 1829.

Chaque associé peut exiger une part proportionnelle à celle qu'il était appelé à prendre dans les bénéfices.

Le législateur se borne, en ce qui concerne le partage entre associés, à renvoyer aux dispositions qui règlent le partage des successions ; sans excepter même la rescision pour lésion :

En conséquence, chaque associé est réputé avoir été propriétaire, à partir de la dissolution, des objets tombés dans son lot, et n'avoir jamais eu aucun droit sur les objets échus à ses coassociés (883).

Quelques auteurs font remonter la rétroactivité au jour où la société s'est formée (1) :—cette opinion nous paraît incompatible avec la théorie, généralement admise aujourd'hui, de la constitution d'un être moral, propriétaire exclusif de tous les biens compris dans l'actif social. — Les coassociés se trouvent, à la dissolution de la société, dans une position semblable à celle où sont placés les héritiers, au moment où s'ouvre la succession : de même que les droits de ces derniers ne remontent qu'au jour du décès, de même les associés ne sont réputés propriétaires qu'à partir de la dissolution de la société (2).

Cependant, il ne faut pas prendre les termes de l'art. 1872 à la lettre : on se tromperait, si l'on considérait l'assimilation comme entière et complète ; la règle n'est pas sans exception : ainsi, les art. 815, 819, 838, 841 (3) et 882 (4) ne sont point applicables en matière de société. La loi renvoie au titre des successions pour tout ce qui concerne la forme du partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers ; mais elle ne renvoie pas nommément aux effets de la succession.

Liquidation de la Société.

Il est rare que les affaires d'une société puissent s'arrêter au moment de la dissolution : presque toujours il y a des dettes a payer, des biens à réaliser, des créances à recouvrer, des opérations à terminer ou à liquider, des intérêts à débattre, et même, dans certaines circonstances, des procès à soutenir : les associés chargent alors l'un d'eux ou un tiers de liquider la société, s'ils ne peuvent ou ne veulent rester chargés collectivement des soins et des pertes de temps que la liquidation entraîne.

Le liquidateur est donc un mandataire investi d'un pouvoir géné-

(1) Pothier, n. 179. Dur., t. 17, n. 480. Troplong, Prescript., n. 886, t. 2. Sociétés, n. 1066. Delv., t. 3, p. 237.

(2) Duvergier, n. 479. Championnière et Rigaud, p. 783, t. 3.

(3) Merlin, Rép., v° Succession, n. 12. Bellot, Contr. de Mar., t. 2, p. 481. Toullier, n. 206. Dur., n. 443. Duvergier, n. 474. Troplong, n. 1059 et suiv. Paris, 7 juillet 1836. Dev., 1836, 2, 458. Voy. cep. Delv. t. 3, p. 236. Pardessus, n. 1085. Vazeille, Succ. n. 26, art 841.

(4) Troplong, n. 1061, Duvergier, n. 475. Delangle, n. 706. Cass. 20 novembre 1834. Dev. 1835, 1, 131.

ral pour une certaine affaire : sa seule mission est d'apurer les affaires sociales et de terminer celles qui sont commencées (1).— Ainsi, le mandat du liquidateur et celui du gérant ne tendent pas au même but : nous avons vu, en effet, que ce dernier doit se livrer aux actes d'administration que comporte une société en pleine activité, et entreprendre des opérations successives.

Le liquidateur est saisi de tout l'actif social; il vend tout ce qui est vénal, et paie les dettes existantes : s'il n'a pas de valeurs suffisantes, son devoir est de prévenir les associés, afin qu'ils aient à se garantir des poursuites (2).—Il ne peut, sans pouvoirs spéciaux, aliéner les immeubles de la société, consentir des hypothèques, compromettre, transiger, souscrire des engagements, etc. (3).

Notons ici, que la présence d'un liquidateur, ne prive pas les tiers de leur action directe contre les associés personnellement; car cette nomination est à leur égard, *res inter alios acta :* l'art. 64 du Code de commerce lève implicitement tous les doutes qui pourraient naître sur ce point (4), relativement aux sociétés commerciales : les mêmes raisons se présentent quand il s'agit de sociétés civiles ; avec cette différence toutefois, que l'action des créanciers ne se prescrit en général que par 30 ans.

Le liquidateur doit être nommé à l'unanimité des suffrages : il s'agit de former un nouveau contrat ; or, nul ne peut être engagé sans sa volonté (5).—Exceptons le cas, où le contrat de société porterait que la majorité suffira.

Le liquidateur nommé par le contrat de société est irrévocable, à moins de stipulation contraire ; car c'est là une condition sans laquelle peut-être, le contrat ne se serait pas formé. — Mais celui qui a été nommé depuis la dissolution, est révocable au gré des parties, comme tout mandataire (Arg. de l'art. 1856).

On peut nommer plusieurs liquidateurs, avec mission d'agir soit ensemble, soit séparément pour des opérations distinctes : au premier cas, ils sont tenus solidairement des engagements par eux contractés (6) ; au deuxième cas, chacun d'eux répond de ses faits personnels.

Le liquidateur reçoit ordinairement un salaire.

Tous les associés sont obligés solidairement envers lui (Arg. de l'art. 2002).

Remarquons en terminant, que le système de liquidation introduit

(1) Troplong, n. 1000. Cass., 15 janvier 1812.

(2) Cass. 3 août 1819.

(3) Troplong, n. 1022. Cass. 15 janvier 1812, 3 août 1819. Paris, 18 juin 1828. Cass., 19 novembre 1835, 2 juin 1836. Dev., 1836, 1, 132, 1, 133, 673. Rennes, 22 mai 1821.

(4) Troplong, n. 1044 et suiv.

(5) Troplong, n. 1025. Pardessus, n. 1074, t. 4. Cass. 15 janvier 1812.

(6) Paris, 26 mars 1840. Pal., 1840, 1, 669.

par les usages du commerce, n'est pas applicable de plein droit aux sociétés civiles : Assurément, les parties peuvent faire de ces règles l'objet d'une stipulation expresse; mais il faut pour cela qu'elles soient toutes majeures et quelles aient l'exercice de leurs droits : des incapacités, minorités, absences, ou changements d'état, pourraient forcer à rester sous l'empire des régles établies sur le partage des successions (1).

Entre les associés, la liquidation a pour objet de déterminer les droits de la société contre chacun d'eux, et de les contraindre à l'exécution de leurs engagements (Pardessus, nº 1076).

Vis-à-vis des tiers : le liquidateur représente la société (Douai, 17 juillet 1841. Pal., 1841, 2, 382).

— Après la dissolution d'une société, les créanciers de la société peuvent-ils demander, contre l'associé liquidateur, la séparation des biens de la société de ceux de cet associé? — La société est un être moral qui a des intérêts distincts de ceux des sociétaires; dès lors on doit appliquer l'art. 878 (Grenoble, 1er juin 1831; Dev., 1832, 2, 591).

Disposition relative aux sociétés de commerce.

1873 — Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce.

= Cet article est une application du principe fondamental, que le droit commercial a pour base le droit civil ; ce qui est vrai surtout en matière de société. — La différence n'existe que dans les formes constitutives de la société ; dans la manière d'opérer avec les tiers, (les sociétés commerciales ont une raison sociale) ; dans les attributions du gérant ; dans l'étendue des engagements des associés vis-à-vis des tiers (ils sont solidaires); dans les formes de la liquidation ; enfin, dans le mode de terminer les contestations qui s'élèvent entre associés.

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DU TITRE IX.

—

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

Sommaire. P. 243.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

Art. 1832. — Qu'est-ce que la société? P. 248.

Questions. — La femme commune peut-elle valablement contracter une société en nom collectif ou autre, avec son mari? P. 249.

(1) Troplong, n. 1056. Duvergier, n. 464 et 465.

Art. 1833. — Quelles conditions, indépendamment de celles communes à tous les contrats, sont particulières à la société? P. 250. — En quoi doit consister l'apport social? P. 251. — Peut-on attribuer tous les bénéfices à un seul ou mettre à sa charge toutes les dettes? P. 252. — Comment s'opère le partage des bénéfices? P. 253. — Que doit-on entendre par bénéfices? — Les avantages moraux entrent-ils en considération? P. 255.

Questions. — Un office public peut-il être mis en société? P. 259.

Art. 1834. — Le contrat de société est-il soumis à des formes solennelles? P. 262. — Comment peut-on établir la preuve de ce contrat, soit entre eux, soit contre eux? — Sous quelles conditions peut-il être opposé aux tiers? P. 263. — Dans quelles formes l'acte de société doit-il être passé lorsque les parties jugent convenable d'en dresser un? P. 264. — Que doit-on entendre par objet de la société? P. 265.

CHAPITRE II.

Des diverses espèces de sociétés.

SECTION I.

Des sociétés universelles.

Sommaire. P. 268.

Art. 1835. — Combien distingue-t-on d'espèces de sociétés? P. 269.

Art. 1836. — Combien distingue-t-on d'espèces de sociétés universelles? P. 269.

Art. 1837. — Qu'entend-on par société de tous biens présents? — De quoi se compose son actif? — Peut-on valablement stipuler que les biens à venir y entreront pour la propriété? — Quel serait l'effet d'une pareille stipulation sur le sort du contrat? P. 271. — Quelles sont les dettes que la société de tous biens présents doit supporter? — Est-elle tenue des frais de nourriture et d'entretien des associés et de leurs enfants, ainsi que des frais d'éducation des enfants? P. 272.

Questions. — La société est-elle tenue des dettes contractées par les associés pendant la durée de la société, sans indication ni justification d'emploi? P. 275.

Art. 1838. — Quels biens sont compris dans la société universelle de gain? P. 275. — De quelles dettes se compose son passif? P. 277. — Est-elle tenue des frais de nourriture, d'entretien des associés et des frais d'éducation de leurs enfants? — Sous ce rapport n'existe-t-il pas une différence entre la société universelle de gain et la société de tous biens présents? P. 278.

Questions. — L'associé propriétaire de biens dont la société a l'usufruit, peut-il aliéner ces biens sans le consentement de ses coassociés? P. 278. — Peut-il du moins en disposer pour doter ses enfants? P. 279.

Art. 1839. — Quelle société les parties sont-elles censées vouloir former, quand elles déclarent qu'elles forment une société universelle, sans autre explication? P. 279.

Art. 1840. — Entre quelles personnes les sociétés universelles peuvent-elles se former? P. 279. — Pourquoi la loi prohibe-t-elle ces sociétés entre certaines personnes? P. 279. — Quel est le sens de ces mots qui terminent l'art. 1840 et auxquels il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes? P. 280.

SECTION II.

De la société particulière.

Art. 1841 et 1842. — Qu'est-ce qu'une société particulière? P. 283.

CHAPITRE III.

Des engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers.

SECTION I.

Des engagements des associés entre eux.

Sommaire. P. 284.

Art. 1843. — A quel moment commence la société? P. 287.

Art. 1844. — Quelle est sa durée lorsque les parties ne sont pas fixées? P. 287.

Questions. — Les contractants peuvent-ils valablement convenir que la société durera plus de 5 ans? P. 288.

Art. 1845. — Obligations respectives des associés? — En quoi consistent ces obligations? — A quel moment doivent-ils réaliser leurs apports? Quelle est la position respective des associés lorsque leurs apports ont pour objet un corps certain? P. 289. — *Quid*, lorsque l'apport consiste dans l'usufruit d'un corps certain? — *Quid*, si l'apport consiste dans des choses soit indéterminées, soit déterminées, seulement par leur espèce? — Dans les sociétés universelles, l'éviction d'une chose comprise dans l'apport donne-t-elle lieu à garantie? — A partir de quelle époque les fruits produits par les choses qui composent les mises, sont-ils acquis à la société? — Est-il rigoureusement exact de dire que l'associé dont l'apport consiste en un corps certain, est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers l'acheteur? P. 290. — Quel est en ce qui touche la résiliation, l'effet de l'éviction d'une partie de l'apport? Au lieu d'accorder à la société des dommages-intérêts, le tribunal pourrait-il se bonner à réduire la part attribuée à l'associé par l'acte de société? — L'associé pourrait-il offrir une autre chose en remplacement? — La garantie pour vice rédhibitoire est-elle applicable en matière de société? P. 291.

Questions. — Doit-on appliquer à la société, quand l'apport de l'un des associés consiste en un immeuble, les règles établies sur la vente, pour le cas d'augmentation ou déficit dans la contenance? P. 292.

Art. 1846. — Quel est en matière de société, l'effet de la promesse d'apporter une somme? La loi ne déroge pas en ce cas aux règles générales établies par l'article 1563. — Pourquoi cette rigueur en matière de société? — *Quid*, si l'associé a tiré une somme de la caisse sociale pour l'employer à ses affaires personnelles? P. 293. — Que doit-on décider si les sommes sont dues à la société par l'un des associés, à un autre titre que celui d'associé? — Les règles établies par l'article 1846, sont-elles applicables quand il s'agit d'une association en participation? Quelle est en ce qui touche les intérêts, la position du gérant, s'il ne peut justifier de l'emploi des fonds sociaux? — Une mise en demeure est-elle nécessaire pour faire courir les intérêts contre l'associé en retard d'effectuer sa mise, si la chose est frugifère? P. 294.

Art. 1847. — L'associé qui a promis son industrie, peut-il négliger les affaires sociales pour s'occuper de celles qui lui sont personnelles? P. 294.

Art. 1848. — Un associé peut-il s'attribuer exclusivement le bénéfice d'un acte qui peut être également utile à la société? Pourquoi lui refuse-t-on cette faculté? P. 295. — *Quid*, s'il est, pour son compte particulier, créancier d'une personne qui est débitrice de la société? P. 295.

Art. 1849. — L'associé qui a reçu sa part entière d'une créance commune, est-il tenu de rapporter à la masse ce qu'il a reçu, lors même qu'il a donné quit-

tance pour sa part? P. 296. — *Quid*, si l'associé a retiré un profit d'une chose autre qu'une créance, appartenant à la société? P. 299. — *Quid*, s'il a vendu sa part dans une chose qui n'était pas destinée a être vendue? P. 299.

Art. 1850. — Un associé peut-il compenser le dommage qu'il a causé par sa faute, avec les profits qu'il a procurés à la société? P. 300. — *Quid*, si les bénéfices ont été procurés à la société, précisément dans la même affaire? P. 300.

Art. 1851. — En quoi consistent les obligations de la société envers les associés, lorsque les choses n'ont été mises dans la masse sociale que pour la jouissance? *Quid*, lorsqu'il s'agit de corps certains qui ne se détériorent pas en les gardant? quel est en ce cas, le caractère des obligations de l'associé? P. 304. — *Quid*, lorsqu'il s'agit de choses qui se consomment, qui se détériorent en les gardant, qui ont été destinées à être vendues, ou des choses mobilières mises dans la société pour être vendues? — *Quid*, dans ce dernier cas, lorsqu'il s'agit de choses immobilières? P. 205. Quelle est la nature et la quotité des prélèvements que peut faire l'associé, quand il s'agit d'apport de choses qui se consomment par l'usage? — Peut-il exiger des choses en nature ou l'estimation? A quelle époque doit-on se placer pour faire cette estimation? — *Quid*, lorsqu'il s'agit de choses qui se détériorent en les gardant? — *Quid*, lorsqu'il s'agit de choses destinées à être vendues? P. 305. — *Quid*, si la chose mobilière apportée pour la jouissance a été estimée? Lorsqu'une chose a été mise en commun sans autre explication, est-elle aussi apportée pour la propriété ou pour la jouissance? — *Quid*, lorsque les apports sociaux ne sont pas de même nature, spécialement lorsque l'un des associés a apporté de l'argent ou une chose quelconque, et l'autre son industrie? P. 306. — *Quid*, s'il est dit que les parties n'entendent s'associer que pour les profits et pour les pertes? — *Quid*, s'ils stipulent qu'ils prélèveront l'intérêt de leurs mises à 5 ou 6 0/0 avant tout partage de bénéfices? 307. — *Quid*, si le capitaliste se réserve le droit de prélever l'intérêt de ses fonds, et l'industriel un salaire pour son travail? — L'associé qui a procuré son travail, viendra-t-il au partage du fonds social, s'il n'a pas satisfait complétement à ses obligations? P. 308.

Art. 1852. — Lorsqu'un associé a géré les affaires sociales, à quel titre est-il censé avoir agi? Quelles conséquences doit-on tirer sous ce rapport, du principe qu'il est censé avoir agi comme mandataire? P. 308. — A partir de quelle époque peut-il prétendre aux intérêts de ses avances? — *Quid*, si les dépenses ont été faites par un associé, alors qu'il existe un gérant? P. 309. — Que signifient ces mots qui terminent l'article 1852 : *risques inséparables* de la gestion? P. 309.

Art. 1853. — En quoi consistent les droits respectifs des associés, lorsqu'ils ont fait des apports réels? — Dans quelle proportion chacun d'eux doit-il participer aux bénéfices et aux pertes, si la convention garde le silence à cet égard? P. 310. — *Quid*, lorsqu'il s'agit du partage de la masse? — Comment s'opère le partage de la masse, lorsque parmi les associés, l'un a fait un apport en pleine propriété, et l'autre un apport en jouissance? — Doit-on faire entrer comme élément d'évaluation les risques auxquels la chose apportée en jouissance a été exposée pendant la durée de la société? — Comment s'opère le partage, soit du bénéfice, soit de la masse, lorsque l'un des associés a fait un apport en industrie? P. 312. — Sur quelle base doit-on régler la part de l'associé qui apporte à la fois une somme d'argent et son industrie? L'associé industriel doit-il supporter une partie des dettes? P. 313. — Peut-on valablement convenir que le partage dans les bénéfices et dans les pertes, aura lieu avant la dissolution de la société? — *Quid*, dans l'espèce? Les parties n'ont rien stipulé par le contrat sur la fixation des parts; mais elles sont convenues depuis de la faire régler par un tiers désigné : si ce tiers ne veut ou ne peut faire l'opération, la société fera-t-elle nulle, *ab initio*? *Quid*, si elles se sont réservé par le contrat de faire ultérieurement cette désignation? —

Quid, si le tiers désigné par le contrat même, décide avant d'avoir accompli sa mission ? P. 314.

Art. 1854. — Les associés peuvent-ils attaquer le partage fait par un tiers qu'ils ont désigné ? *Quid*, si ce règlement est contraire à l'équité ? Pendant combien de temps leur action est-elle recevable dans ce dernier cas ? P. 314.

Art. 1855. — Qu'est-ce qu'une société Léonine ? P. 314.— Dans combien de cas la société est-elle considérée comme telle ?—*Quid*, si le contrat attribue à l'un des associés des parts plus considérables qu'aux autres ?—P. 315. L'associé qui fournit son industrie peut-il valablement se réserver le droit de prélever, soit annuellement, soit à des époques plus rapprochées, une certaine somme sur les bénéfices, quand même les autres associés n'auraient pas l'espoir de trouver au moment du partage une somme égale ? — *Quid*, si les parties ont dû penser dans le calcul des probabilités que les bénéfices n'excéderaient pas cette somme ? — Celui des associés qui apporte son industrie, peut-il se réserver le droit de prélever annuellement une somme sur le capital ? — *Quid*, s'il a stipulé en outre le droit de venir au partage des bénéfices ? — Le choix dans le mode de partage peut-il être réservé par l'acte social à l'un des associés, spécialement à celui qui a fait un apport en industrie ? — *Quid*, si les stipulations que nous venons d'énoncer, émanent de l'associé qui a fait un apport en jouissance ? P. 317. — *Quid*, en pareil cas, si la mise sociale du stipulant consiste dans la propriété même de certaines choses ? — Quel serait sous l'empire du Code l'effet de la convention désignée par les théologiens sous le nom d'assurances de bénéfices ? — *Quid*, si l'assurance a eu pour objet le capital même des apports ? P. 318. — *Quid*, si l'assurance porte à la fois sur le capital et sur les bénéfices ? — Peut-on valablement convenir que la perte entière d'un corps certain sera supportée par un associé non propriétaire ? — Peut-on valablement convenir que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés sous une certaine condition ? P. 319. — Peut-on convenir que le capital social appartiendra au survivant ? P. 320. — Comment se partagent les fruits annuels lorsqu'il n'a rien été stipulé à cet égard ? — Un associé peut-il prendre part aux bénéfices de la société, quoiqu'il n'ait pas versé la somme entière qu'il devait y apporter ? — Quelle est alors sa position ? P. 320. — Peut-on valablement convenir que les apports de l'un des associés seront affranchis de toute contribution aux dettes ? P. 321. — Peut-on du moins stipuler que les pertes ne seront pas dans une proportion parfaite avec les mises ? — Peut-on convenir que l'un des associés aura part dans toutes les affaires qui seront avantageuses et qu'il ne contribuera pas à la perte faite sur celles qui seront désavantageuses ? — Comment doit-on opérer pour savoir si la société présente des bénéfices ou des pertes ? — Les deux clauses prohibées vicient-elles la convention si elles ont été dissimulées ? P. 321. Le contrat est-il nul pour le tout ?—Peut-on affranchir de toute contribution aux pertes, celui des associés qui n'apporte que son industrie ? — Peut-on convenir que l'un des associés ne contribuera pas aux dettes qui excéderont le montant du fonds social ? P. 322.

Art. 1856. — Quels sont les pouvoirs de l'associé chargé de l'administration des affaires de la société ? — Cet administrateur peut-il être révoqué ? P. 322. — Peut-il abandonner l'administration ? P. 325. — Par quels moyens les associés peuvent-ils mettre fin à la gestion de l'administrateur nommé par le contrat de société ? P. 325. — *Quid*, si le gérant a été nommé par un acte postérieur au contrat de société ? P. 326.

Art. 1857. — Peut-on charger plusieurs associés d'administrer la société ? P. 328.

Art. 1858. — Lorsque plusieurs administrateurs ont été nommés, quelle est l'étendue de leurs pouvoirs ? — L'un peut-il agir sans l'autre ? P. 528.

Art. 1859. — Comment administre-t-on la société quand les associés n'ont pas

nommé d'administrateur spécial ? — Quelle est en ce cas l'étendue du pouvoir de chaque associé? P. 330.

Art. 1860. — Lorsqu'un associé a été chargé de l'administration, les autres associés peuvent-ils aliéner ou engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société? P. 333.

Art. 1861. — L'un des associés peut-il associer un tiers à ses intérêts spéciaux ? — Quel nom donne-t-on à ce nouvel associé? — Quels sont les effets de cette société? Le croupier devient-il associé des coassociés de son cédant? — Quelles conséquences doit-on tirer du principe que cette nouvelle société est distincte de la première? P. 333.

Questions. — Les associés du cédant peuvent-ils se prévaloir contre le croupier du bénéfice de l'art. 841? P. 335.

Le croupier a-t-il des droits distincts de ceux des créanciers de son cédant? P. 335.

La nouvelle association doit-elle être signifiée aux associés du cédant? P. 335.

L'associé doit-il garantir son cessionnaire des pertes résultant de l'insolvabilité de ses coassociés? P. 335.

SECTION II.

Des engagements des associés à l'égard des tiers.

Sommaire. P. 336.

Art. 1862. — Les associés sont-ils tenus solidairement des dettes sociales? P. 338.

Art. 1863. — Les associés sont-ils tenus des dettes sociales pour leur part virile, ou à proportion de leurs droits dans la société? P. 338. — *Quid*, s'il est prouvé que le créancier a connu la clause de l'acte de société qui établit entre les associés des parts inégales? P. 339.

Questions. — Quel est par rapport aux créanciers l'effet de la convention qui restreint la responsabilité de l'associé à la perte des capitaux qui forment sa mise? — Si un partage de bénéfices a eu lieu, cet associé en doit-il le rapport? P. 340.

Quid, si l'acte porte que l'obligation de l'un des associés sera limitée à la part de cet associé dans la société? P. 340.

La solidarité a-t-elle lieu de plein droit entre associés, à raison des engagements respectifs qu'ils ont contractés? P. 340.

Art. 1864. — Si l'un des associés déclare en s'engageant, qu'il contracte pour le compte de la société, ses coassociés sont-ils liés par cette seule déclaration? — Ne pourrait-il pas arriver cependant qu'ils se trouvassent tenus des suites de cette obligation? P. 341.

CHAPITRE IV.

Des différentes manières dont finit la société.

Art. 1865. — De combien de manières finit la société? P. 341. — Par quels moyens peut-on prouver la dissolution? P. 344.

Art. 1866. — Une société à temps limité peut-elle être prorogée? — Cette prorogation crée-t-elle une nouvelle société? — Comment prouver la prorogation? P. 345.

Questions. — Peut-on considérer une société comme prorogée, par cela seul que les associés ont continué leurs opérations après l'expiration du terme fixé? P. 346.

Art. 1867. — La perte d'un apport dissout-elle la société ? — *Quid*, si cet apport a eu pour objet un corps certain ? — Ne doit-on pas distinguer si la perte a eu lieu avant ou depuis la délivrance ? — Quel est le sens de ces mots : avant que la mise ne soit effectuée ? — Si la mise comprend plusieurs choses, la perte de l'unes d'elles emporte-t-elle dissolution ? — Est-il bien vrai que la société subsiste toujours nonobstant la perte de la chose apportée dont elle est devenue propriétaire ? P. 346. — La perte du corps certain emporte-t-elle dissolution lorsque l'associé n'a mis en commun que la jouissance de cette chose ? — Le contrat qui intervient en ce cas, entre la société et l'associé, n'a-t-il pas des rapports avec le bail ? — *Quid*, si les choses mises en commun pour la jouissance, sont de nature ou à se détériorer en les gardant ou lorsqu'elles sont fongibles ? P. 347.

Art. 1868. — S'il est stipulé que la société continuera avec le survivant ou avec les héritiers du prédécédé, quels sont les effets de cette clause ? P. 349. — Est-ce là une société nouvelle ? P. 351.

Art. 1869. — Dans quel cas la volonté de l'une des parties peut-elle dissoudre une société ? — Sous quelles conditions la dissolution peut-elle être prononcée ? — *Quid*, si la renonciation est faite à contre-sens ? — *Quid*, si elle n'a pas eu lieu de bonne foi ? — *Quid*, si elle n'a pas été notifiée à tous les associés ? P. 352. — Comment se fait la notification ? P. 353.

Art. 1870. — Quels sont en matière de renonciation à la société les caractères de la mauvaise foi ? — Dans quel cas la renonciation est-elle réputée faite à contre-temps ? — L'irrégularité de la renonciation donne-t-elle lieu à une nullité absolue ou à une nullité relative ? P. 353 et 354.

Art. 1871. — La dissolution d'une société à terme peut-elle être demandée par l'un des associés avant l'expiration de ce terme ? — Du moins peut-elle être demandée en certains cas ? P. 355.

Questions. — La disposition de l'art. 1871 est-elle applicable, lorsque la société a été formée sans limitation de terme, mais pour une entreprise déterminée ? P. 356.

Art. 1872. — Quelles règles doit-on observer pour le partage du fonds commun après la dissolution de la société ? — Le partage est translatif ou déclaratif de propriété ? P. 357. — Comment procède-t-on à la liquidation de la société ? P. 357.

Art. 1873. — Les sociétés de commerce sont-elles entièrement en dehors des règles établies par le Code civil ? P. 359.

TITRE 10.

DU PRÊT.

(Décrété le 9 mars 1804. Promulgué le 19 du même mois.)

Le *prêt* (de *præstare*, procurer, faire avoir), est un contrat de bienfaisance, par lequel l'une des parties livre une ou plusieurs choses à l'autre partie qui les reçoit, soit pour un certain temps ou pour un usage déterminé, à charge de rendre ces choses identiquement ; soit pour en disposer comme elle l'entendra, à charge de

rendre à l'époque convenue une égale quantité de choses de même espèce et qualité.

De cette définition il résulte, que l'on doit distinguer deux sortes de prêts :

1° Le prêt à usage (*commodatum*) ; 2° le prêt de consommation (*mutuum*) :

L'un oblige à rendre la chose même qui a été prêtée ; l'autre transfère nécessairement la propriété de cette chose, puisqu'on ne peut en user sans la consommer.

Le prêt à usage est essentiellement gratuit : la stipulation d'un profit quelconque le transformerait en contrat de louage (1876). Néanmoins, ce contrat peut valablement intervenir dans l'intérêt de l'une et de l'autre partie (1).—Au contraire, le prêt de consommation peut être gratuit ou intéressé, sans changer de nature. (1905).

Ainsi, division générale du *prêt*, en *prêt à usage* et *prêt de consommation*, et subdivision de celui-ci en *prêt gratuit* et *prêt à intérêt*. — Les règles particulières à ces contrats sont déterminées dans des chapitres séparés.

1874 — Il y a deux sortes de prêt :

Celui des choses dont on peut user sans les détruire,

Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce s'appelle *prêt à usage* ou *commodat*.

La deuxième s'appelle *prêt de consommation* ou simplement *prêt*.

CHAPITRE PREMIER.

DU PRÊT A USAGE, OU COMMODAT.

SECTION Ire.

DE LA NATURE DU PRÊT A USAGE.

Le *prêt à usage* est de la classe des contrats de bienfaisance : la libéralité porte sur l'usage de la chose.

On doit, suivant nous, le mettre au nombre des contrats unilaté-

(1) Dans certaines circonstances, il peut avoir pour but le seul intérêt du prêteur ; mais ces cas sont exceptionnels ; il faut chercher ailleurs le caractère normal du prêt. — En principe, le prêteur doit se proposer de rendre un service, et non de faire une chose qui lui soit exclusivement profitable.

raux imparfaits, puisqu'une seule partie (l'emprunteur), s'engage directement par le contrat : l'obligation du prêteur est incidente.

L'emprunteur doit user par lui-même : il ne peut, comme l'usufruitier et le preneur, céder ou sous-louer à un tiers (595 et 1717).

Gardons-nous de confondre le prêt, avec le droit réel d'usage (625): le *prêt* ne produit que des obligations personnelles; il ne finit point par la mort de l'emprunteur : l'*usage* au contraire est un démembrement de la propriété ; il s'éteint par la mort de l'usager. — Le prêteur n'est point garant de l'éviction ; il ne répond que de son fait personnel : l'usage soumet celui qui l'a conféré, à la garantie, lorsqu'il a été constitué à titre onéreux.

Le prêteur conserve sa propriété pleine et entière : bien plus, il est censé posséder par l'emprunteur. — Loin de contracter, comme le bailleur, l'obligation de faire jouir, ou, comme le propriétaire, dans le cas de constitution d'usufruit, celle de laisser jouir, il perçoit à son profit tous les fruits que la chose produit, et ne s'impose qu'une obligation négative : celle de *laisser user :* de telle sorte que l'emprunteur n'a qu'une simple détention (Pothier, nº 4).

Notre ancienne jurisprudence distinguait deux sortes de prêts : le prêt à usage, proprement dit, et le prêt dit *precarium* (1) : le premier s'opérait, lorsque la chose était livrée pour un temps déterminé par la convention , ou à défaut de fixation expresse, pour le temps nécessaire à l'usage en vue duquel elle avait été empruntée : — le deuxième se formait, lorsque l'usage n'était ni déterminé ni limité : celui qui recevait une chose précairement, pouvait s'en servir pour tel usage que comportait la nature de la chose; mais à charge de rendre cette chose au prêteur *toutes fois et quantes* il la demanderait : d'où il résultait, que la promesse de faire un précaire, à la différence de la promesse de prêter, n'était point obligatoire : en effet, si je promets de prêter une chose, en me réservant de la reprendre, je puis *à fortiori* me dispenser de la livrer (2).—Le *precarium* paraît aujourd'hui confondu avec le prêt à usage.

Lorsqu'une somme est prêtée à intérêt, l'emprunteur peut s'obliger à restituer le capital à une époque fixe, ou se réserver le droit de ne point effectuer ce remboursement : au premier cas, le contrat conserve la qualification de prêt à intérêt ; au deuxième cas, on lui donne le nom de *constitution de rentes* (1909).

Ce chapitre est divisé en trois sections : la nature du prêt à usage est déterminée dans la première; les engagements qui en résultent,

(1) *Precarium est quod precibus petendis utendum conceditur quamdiu is qui concessit patitur* (L. 1, ff. *de Precar.*)

(2) En droit romain, la différence entre les deux conventions était plus marquée : ainsi, le commodat était un contrat nommé ; le précaire était innommé ; — le commodat était protégé par une action civile; le précaire ne donnait lieu qu'à l'action *præscriptis verbis*, ou à l'interdit, *de precario* (L. 14, ff. *de Precar.*).

soit de la part du prêteur, soit de la part de l'emprunteur, sont développés dans les deux autres.

Caractères du prêt à usage.

1875 — Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi (1).

= Quatre conditions sont de l'essence du prêt à usage ; il faut :

1° *Qu'une chose soit livrée :* le contrat de prêt ne se forme que par la tradition; c'est là ce qui lui a fait donner improprement, par quelques auteurs, le nom de contrat *réel* (*quia re perficitur*) (2) : il est bien évident, que l'emprunteur n'acquiert pas un droit dans la chose (*jus in re*).

Quel est l'effet de la convention de prêter? Toute convention faite avec intention de s'obliger oblige, lorsqu'elle n'est pas soumise, pour sa perfection, à des formes solennelles; or, celle dont il s'agit n'est pas au nombre de ces contrats exceptionnels; donc elle est obligatoire (3).

Si la validité de la promesse de prêter est reconnue, celui qui a reçu cette promesse peut contraindre celui qui l'a faite à l'exécuter; soit en exigeant des dommages-intérêts; soit même en obtenant l'autorisation de s'emparer de la chose, *manu militari,* si cela est possible (4). —Toutefois, la résistance de la partie qui a promis de prêter, serait légitime, si elle était fondée sur un besoin pressant et imprévu de la chose : une semblable cause l'autoriserait à réclamer cette chose avant le terme fixé : elle doit, *à fortiori,* justifier son refus de livrer (Duvergier, n. 27). — Le contrat de prêt ne se formera, nous le repétons, qu'au moment où la chose se trouvera entre les mains de l'emprunteur : la promesse de prêter diffère du prêt, comme la promesse de vendre diffère de la vente.

On peut prêter à usage, non-seulement des choses mobilières ; mais encore des immeubles : par ex., une maison d'habitation, une cave, un grenier; mais communément le prêt à usage a pour objet des meubles (5).

(1) La définition suivante eût été préférable : « Le commodat est un contrat par lequel l'une « des parties s'oblige à rendre à l'autre des choses que celle-ci lui a livrées gratuitement, pour « en faire personnellement un usage qui les laisse subsister. » (Duvergier, n. 29.)

(2) Rolland de Villargues, Rép., Prêt à usage. Toullier, n. 17, t. 6. Duvergier, n. 26. Troplong, n. 5 et 14. Dur. n. 485 et 486.

(3) Toullier, n. 17, 26. Dur. n. 487, t. 17. Duvergier, n. 25. Troplong, n. 26. Championnière et Rigaud, n. 929.

(4) Duvergier, n, 27. Colmar, 8 mai 1845. D., p. 46, 2. 219, Val. 1846, 1161.

(5) Pothier, n. 14, Duvergier, n. 16.

L'étendue de l'usage dépend soit de la convention, soit des circonstances, c'est-à-dire de la destination de la chose prêtée ou du but que les parties se sont proposé :

« C'est un prêt à usage, dit Pothier (n. 2), non-seulement lorsqu'une chose est prêtée pour l'usage qui lui est propre ; mais encore lorsque je prête la chose pour quelque usage que ce soit : par ex., si je vous prête des meubles pour les donner en gage à votre créancier, c'est un vrai contrat de prêt à usage qui intervient entre nous. — Il en serait autrement, si c'était moi-même qui, à votre prière, les donnasse à votre créancier en nantissement de votre dette : le contrat qui interviendrait entre nous, serait un contrat de mandat. »

Il n'est pas essentiel que le prêteur soit propriétaire de la chose ; l'usage de la chose d'autrui peut être valablement prêté par le possesseur, par l'usufruitier, même par le locataire ou par le fermier. — Bien plus, si un voleur prête à quelqu'un la chose qu'il a volée, le contrat produit son effet ; car l'obligation de l'emprunteur ne résulte pas de ce que le prêteur était propriétaire ; elle naît de ce qu'il a reçu la chose à titre de prêt : le prêteur sera tenu de rendre la chose au véritable propriétaire ; il doit avoir une action pour obtenir la restitution de cette chose (1).

Toutefois, en cas de perte ou de vol, il y aurait lieu d'appliquer la disposition de l'art. 1938 (Pothier, n. 40) (2).

Puisque le prêteur a l'action *commodati* contre l'emprunteur, lors même que la chose prêtée a été volée, il faut lui reconnaître ce droit, *à fortiori*, lorsque la chose est seulement incessible et insaisissable entre ses mains : par ex., quand il s'agit d'un droit d'usage ou d'habitation.

Celui qui reçoit à titre de prêt sa propre chose, n'est pas tenu de la restituer : *commodator rei suæ esse non potest*. — Néanmoins, il faut excepter le cas où le prêteur aurait le droit de possession ; par ex., s'il est usufruitier (3).

Le commodat est soumis aux règles générales sur la capacité des parties contractantes ; car il produit des obligations : or, il faut se rappeler que le mineur, l'interdit et la femme mariée, peuvent attaquer leurs engagements pour cause d'incapacité : mais que cette nullité est relative (1125).

Appliquant ce principe au commodat, nous poserons les règles suivantes :

Pour faire un prêt ou un emprunt, il faut avoir la conscience de ses actes : une personne en état de démence ou un enfant encore en bas âge, ne peut donner un consentement susceptible de former le

(1) Pothier, n. 18 et 46, Dur. t. 17, n. 514, Duvergier, n. 33 et 34, Troplong, n. 38.
(2) Duvergier, n. 89, Troplong, n. 106.
(3) Pothier, n, 19, Troplong, n. 41.

lien de droit qui résulte de ce contrat. (*Voyez* nos observations sur l'art. 1125.) (Pothier, n. 15.)

Le prêt fait à un mineur même non émancipé (*doli capax*), à un interdit dans un intervalle lucide, ou à une femme mariée non autorisée, produit certains effets légaux : le contrat n'est pas nul; il est seulement annulable : le prêteur ne peut exiger la restitution de la chose prêtée, avant l'époque fixée par la convention.

Le mineur émancipé peut faire des actes d'administration : le prêt reçu par lui dans cette limite, c'est-à-dire, celui qui est justifié par les nécessités de l'administration; qui ne peut avoir aucune des conséquences fâcheuses contre lesquelles le législateur a pris de sages précautions, doit être maintenu; au delà il est annulable (1). — L'art. 483, qui interdit au mineur émancipé tout acte d'emprunt, sans une autorisation du conseil de famille dûment homologuée, ne s'applique évidemment qu'au prêt de sommes d'argent :

Ainsi, le mineur émancipé, propriétaire de vignobles, ou de terres labourables, peut valablement emprunter des ustensiles nécessaires pour exécuter des travaux agricoles et même des choses à son usage : mais le contrat serait annulable, s'il avait pour objet un bâtiment qui lui serait évidemment inutile ou un objet de toilette dont le prix ne serait pas en rapport avec sa position de fortune. — En pareille matière, tout est relatif : les tribunaux sont appréciateurs des circonstances (*voyez* p. 509, t. 2 art. 483 et 484).

La femme séparée peut-elle emprunter valablement des choses mobilières? L'affirmative n'est pas douteuse, quand il s'agit d'un acte de pure administration : mais que faut-il décider lorsque l'emprunt ne peut être considéré comme tel? cette question se rattache à celle de savoir si les obligations contractées par la femme sont valables, bien qu'elles ne soient pas relatives à l'administration de ses biens (*voy.* art. 1449 quest.) : il n'y a point de raison pour soustraire à l'application de la solution que l'on adoptera sur cette dernière question, les engagements qui peuvent naître d'un emprunt d'objets mobiliers (Duvergier, nº 47).

L'incapable, n'est point responsable, pendant la durée du prêt, de la perte arrivée même par sa faute (2) : sans doute, cette responsabilité est un des effets du contrat; mais il faut que le contrat soit valable : la personne à l'égard de laquelle il est nul, ne peut donc y être soumise (3). — Toutefois, si l'incapable est devenu plus riche par suite de l'événement qui a causé la perte, il est tenu jusqu'à concurrence de ce dont il a profité, en vertu du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (4).

(1) Duvergier, n. 43 et suiv., Dur. n. 509.
(2) Dur. n. 507, Duvergier, n. 39, Troplong, n. 52.
(3) Dur. t. 17, n. 507, Duvergier, n. 39, Troplong, n. 52.
(4) Troplong n. 52.

Il est bien entendu, que le mineur *doli capax* serait indéfiniment responsable, s'il avait fait périr la chose par fraude ou par malice, lors même que cette perte n'aurait pas tourné à son profit : on sait en effet, qu'il est réputé majeur quant aux délits ou aux quasi-délits qu'il a commis (1310) (1).

Si le mineur *doli capax* est responsable lorsqu'il a commis de tels faits, *à fortiori* cette responsabilité doit-elle peser sur la femme mariée (2).

Le prêt fait à un incapable, en cas de nécessité pressante, est généralement considéré comme valable : car on ne peut reprocher au prêteur de ne pas avoir apprécié la capacité de l'emprunteur. D'ailleurs, il n'y a point de raison pour refuser à ce dernier, la faculté de recevoir gratuitement, des choses qu'il serait dans la nécessité de se procurer à prix d'argent.

Lorsque le prêt à usage, au lieu d'être fait à un mineur en tutelle, a été fait par lui à une personne capable, ce prêt est valable si le mineur a été autorisé de son tuteur. — Dans le cas contraire, il est nul par rapport au mineur : en conséquence la chose prêtée peut être redemandée avant le temps convenu.

Quant à l'emprunteur, il n'est pas moins soumis, jusqu'au moment de la restitution, à toutes les obligations qui naissent du commodat.

S'il a fait des impenses nécessaires, il peut en exiger le remboursement, non en vertu du commodat, puisqu'il n'a pas existé pour l'incapable ; mais en vertu de la règle qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui (1371) (3).

Quel est l'effet du prêt fait par un mineur émancipé quand il s'agit d'une chose qu'il pourrait aliéner ? Duvergier (n. 46) décide que le prêt est nul : la loi, dit-il, ne se borne pas à interdire ces sortes d'actes au mineur émancipé : elle déclare d'une manière générale qu'il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration (484) : or, le prêt n'est pas un acte d'administration, peu importe la nature et la valeur de la chose prêtée : le mineur émancipé peut vendre 1,000 hecto. de blé qu'il a récoltés, et cependant il ne peut aliéner un arpent de son héritage (4).—Quoi qu'il en soit, nous pensons que le mineur peut valablement prêter la chose qu'il aurait le droit d'aliéner comme administrateur et même celles qui sont à son usage personnel : ce n'est pas là, il est vrai, un acte d'administration ; mais on ne peut raisonnablement interdire à un mineur qui peut affermer ses domaines, louer ses maisons, toucher ses re-

(1) Dur. n. 508, Duvergier, n. 40, Troplong, n. 53.
(2) Troplong, n. 53.
(3) *Voy.* dans le même sens Delv., p. 195, n. 2.
(4) *Voy.* dans le même sens Troplong. n. 55.

venus et en donner décharge sans l'assistance de son curateur, la faculté de prêter son cheval ou sa montre à son ami (1).

Celui qui a reçu un conseil judiciaire, est placé, à peu de différences près, sur la même ligne que le mineur émancipé (513), quant à la faculté soit de prêter, soit d'emprunter (2).

La femme séparée de biens a des droits plus étendus que le mineur émancipé ; elle peut vendre son mobilier : dès lors, on doit lui reconnaître la capacité de prêter des choses mobilières, quelle que soit leur nature ou leur valeur (1449) (3).

Il en est de même de la femme mariée sous le régime dotal à l'égard d'un objet paraphernal.

A moins de stipulation contraire, les engagements qui résultent du prêt, passent aux héritiers du prêteur et à ceux de l'emprunteur (1879).

En supposant qu'il n'y ait pas eu de commodat originairement valable, si l'emprunteur devenu capable a conservé la chose par devers lui, le contrat se trouve ratifié : en conséquence, le prêteur jouira des mêmes droits que s'il avait traité avec une personne capable (4) (Toullier, t. 7, n. 581 ; Duvergier, n. 42).

2° *Qu'on livre la chose à l'emprunteur pour qu'il puisse s'en servir dans son intérêt personnel :* il n'y aurait pas prêt à usage, si une chose était confiée à quelqu'un pour la voir, l'examiner, l'essayer ou l'estimer, ou si elle était prêtée pour le seul avantage du prêteur : — Je charge une personne de faire pour moi un voyage, et dans ce but, je lui confie mon cheval ; ou bien encore, je remets à mon domestique les ustensiles nécessaires pour exécuter les travaux que je lui impose : dans ces hypothèses, on ne rencontre pas les caractères du prêt à usage, quoiqu'il y ait obligation de rendre *in individuo.* — Mais le prêt à usage peut se former pour l'avantage du prêteur et de l'emprunteur.

3° *Que l'usage soit accordé gratuitement* (1876) : autrement, on verrait dans la convention un louage, si l'équivalent consistait en une somme d'argent, et un contrat sans nom, s'il consistait en une chose ou en un fait : en tous cas, il n'y aurait pas commodat (5) (Pothier, nos 2 et 3).

4° *Que l'emprunteur s'oblige à rendre la chose in individuo :* c'est là, ce qui distingue principalement le commodat, du prêt de *consommation* (1878). — Peu importe, du reste, ainsi que nous l'avons dit, et que nous le verrons plus loin, que les choses prêtées soient susceptibles de se consommer par le 1er usage : ces sortes de choses peuvent fort bien faire l'objet d'un commodat, lors-

(1) Dur. n. 509.
(2) Dur. n. 511, Troplong, n. 55, Duvergier, n. 48.
(3) Duvergier, n. 44, 45 et 46, Toullier, t. 2, n. 1298.
(4) Duvergier, n. 41, Troplong, n. 54, Delv. t. 3, p. 404, notes
(5) Troplong, n. 22, Dur. n. 491, Delv., 23, p. 405, n. 2.

qu'elles sont prêtées *ad ostentationem* : tout dépend de l'intention des parties.

L'emprunteur doit restituer la chose à l'époque fixée par la convention, ou après qu'elle a servi à l'usage pour lequel il l'a reçue (1888).

Si elle a éprouvé quelque détérioration qui lui soit imputable, il doit des dommages-intérêts ; si le dommage est tel qu'elle ne puisse plus servir commodément, le prêteur peut en faire l'abandon et contraindre l'emprunteur à lui en payer le prix (1884) (Delv., p. 197, n° 4).

5° *Que la chose soit dans le commerce* (1878) : les tribunaux prononceraient la nullité d'un prêt de choses qui seraient placées par la loi hors du commerce, telles que des stylets, des livres immoraux, des images obscènes. — Le prêteur n'aurait pas d'action pour obtenir la restitution de ces objets (1).

On peut néanmoins, dit Pothier (n. 16), prêter des choses placées hors de commerce, lorsqu'on est dirigé par une intention honnête ; par ex.: lorsqu'on prête de mauvais livres à un tiers pour les réfuter.

Les choses sacrées peuvent être prêtées, pourvu que ce soit pour des usages religieux ; par ex.: une église peut valablement prêter à une autre église des chandeliers et même des vases pour une cérémonie funèbre ou autre.

Le commodat peut avoir pour objet, non-seulement des choses mobilières ; mais encore des immeubles : par ex.: une cave, un grenier, un appartement (art. 1828) (2).

6° Enfin, lors même que la chose est dans le commerce, il faut que le prêt ait *une cause licite et un but légitime* : cette règle est commune à tous les contrats. — Par ex.: si Pierre livre à Paul un fusil ou une échelle pour commettre un crime ; ce n'est point là un prêt à usage ; mais un acte de complicité (3).

La nullité est-elle absolue à ce point, que le prêteur soit privé d'action pour contraindre l'emprunteur à rendre la chose, ou pour obtenir des dommages-intérêts en cas de non restitution ? Duranton (4) se prononce pour l'affirmative ; il argumente de cette règle romaine : *Quando utriusque contrahentium turpitudo versatur, melior est causa possidentis* (ff. *de cond. ob turpem causam*, l. 3). — Déjà nous avons combattu ce système (*voyez* art. 1133) : en définitive, il est dans le vœu de la loi, que toutes les traces d'un contrat qu'elle réprouve disparaissent ; or, le prêteur manifeste un repentir qui répond à cette pensée, lorsqu'il réclame sa chose

(1) Pothier. n. 16. Dur. n. 504. Troplong, n. 32.

(2) L. 12, § 2, ff. *Comm. vel contra*. L. 17. Cod. de prescript. verb. Pothier, n. 16. Dur. n. 501. Troplong, n. 36.

(3) Dur. n. 505. Troplong, n. 34.

(4) Dur. n. 505. *Voy.* dans le même sur Troplong, n. 31.

avant l'accomplissement de l'acte : pourquoi donc lui refuser l'accès des tribunaux? — Remarquons, d'ailleurs, qu'il agira par la revendication, sans exciper du contrat dont il reconnaît le vice, et certes l'emprunteur ne serait pas écouté, s'il opposait, pour se dispenser de restituer, qu'il détient en vertu d'une stipulation illicite.

Nous supposons que le vice résulte de l'usage auquel la chose était destinée : si le contrat a pour objet une chose dont la détention même est un délit; par ex. : si l'on a prêté des armes ou de la poudre de guerre, l'action en répétition, nous l'avons déjà dit, n'est pas recevable : pour qu'elle fût accueillie, il faudrait que le prêteur justifiât d'un titre valable ; or, il ne peut avoir de titre en présence des lois prohibitives. — Au surplus, cette difficulté se présentera bien rarement, car l'emprunteur ne s'exposera pas aux poursuites qui pourraient être dirigées contre lui par le ministère public comme détenteur d'armes prohibées, de poudre de guerre, etc. (Duvergier, nº 22).

Quelques mots en terminant sur la preuve du prêt à usage.

Le titre du prêt ne contenant pas de modifications aux règles générales sur la preuve, il faut appliquer ces règles au commodat : ainsi, la preuve du commodat peut résulter, comme celle de tout autre contrat, d'un écrit soit authentique soit sous seing privé. — Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire de dresser deux originaux de l'acte (1325), puisque le contrat est unilatéral; on se borne à observer les règles établies par l'article 1326.

A défaut d'écrit, on peut recourir à une enquête. Ce genre de preuve est recevable, dans tous les cas, lorsque la valeur de l'objet prêté n'excède pas 150 fr., que la chose soit mobilière ou immobilière.—Au-dessus de cette somme, on distingue : la preuve testimoniale doit être admise même sans commencement de preuve par écrit quand il s'agit d'un immeuble, car le prêteur agira par revendication si l'on conteste son droit. — Mais un commencement de preuve par écrit est nécessaire, en ce qui concerne le prêt à usage des meubles ; car le possesseur est réputé propriétaire tant qu'on ne prouve point qu'il possède comme simple détenteur (2279) (1) (1341, 1347 et 1348 comb.).

Nous pensons, en outre, que le serment peut être déféré par le prêteur, et qu'au besoin, il y a lieu de faire interroger l'emprunteur sur faits et articles.

Le prêteur ne peut exiger la restitution de la chose prêtée, avant

(1) Pothier, n. 8. Toullier, n. 30. Dur. n. 313. t. 13, n. 498, t. 17. Duvergier, n. 51. Troplong, n. 58.—La cour de Colmar (18 avril 1806), a décidé que la preuve du prêt à usage doit être admise sans commencement de preuve par écrit, lors même que la valeur de l'objet prêté excède 150 fr., attendu qu'il s'agit uniquement d'établir un fait : mais aucun texte ne justifie cette solution : il nous paraît plus rationnel de décider, qu'en gardant le silence, le législateur a manifesté l'intention de laisser la preuve du prêt soumise au droit commun.

l'expiration du terme convenu; — s'il n'a pas été fixé de terme, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances. — Les articles 1899 et 1900 sont applicables au commodat; car il y a même raison de décider (1).

— Le créancier gagiste est-il censé faire un prêt, lorsqu'il permet au débiteur de se servir temporairement de la chose donnée en gage? ~~ Un emprunteur, dit Duvergier, (n. 36), n'a que le droit de se servir de la chose prêtée; le débiteur à qui la chose est rendue pour un certain temps, a un droit plus étendu : il perçoit les fruits et jouit comme propriétaire, à charge de rétablir le gage au jour fixé. — Le prêteur est tenu de rembourser à l'emprunteur les dépenses que ce dernier a faites pour la conservation de la chose (1890) : nul n'aura la pensée d'appliquer ces règles au débiteur remis temporairement en possession du gage qu'il avait donné. ~~ Ces raisons ne sont pas concluantes : pourquoi le créancier gagiste ne serait-il pas admis à prêter au propriétaire la chose donnée en gage? Certes, le prêt fait par l'usufruitier au propriétaire serait valable; il y a même raison dans l'un et l'autre cas (Pothier, n. 19).

1876 — Ce prêt est essentiellement gratuit.

= Si l'emprunteur était tenu de quelque récompense, le prêt ne pourrait être classé parmi les contrats de pure bienfaisance : on verrait dans cette convention un louage, si le prix consistait en une somme d'argent, et un contrat sans nom, tenant plutôt du louage que du commodat, pour lequel les Romains accordaient l'action *præscriptis verbis*, s'il s'agissait d'une chose à faire ou à donner.

1877 — Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée (2).

= L'usage seul est l'objet du contrat; le prêteur conserve la propriété et même la possession de sa chose; l'emprunteur n'a pas même le droit réel d'usage; par conséquent il serait tenu de restituer, encore que sa possession remontât à plus de trente ans.

Quelles choses peuvent être l'objet du prêt à usage.

1878 — Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention (3).

= Tous les biens, corporels ou incorporels sans excepter les im-

(1) Colmar. 8 mai 1845. D. p. 46, 2, 219.

(2) Disposition incomplète : on peut prêter une chose sans être propriétaire : le nu-propriétaire lui-même peut recevoir sa chose à titre de prêt. Evidemment l'art. 1887 ne statue que pour le cas le plus fréquent.

(3) Il eût été plus exact de dire, avec l'art. 1878, qu'on ne peut prêter que ce qui est dans le commerce. — On trouve dans plusieurs titres du Code une disposition semblable (*Voy.* art. 1598, 1713, 1833). (Duvergier, n. 31.)

meubles, peuvent être l'objet du prêt à usage : tous les jours, en effet, on prête un grenier, une cave, un appartement.

La loi excepte seulement :

1° Les choses qui ne sont pas dans le commerce, telles que les armes cachées, les livres immoraux (*voyez* l'art. 1875, 5° et 6°).

2° Les choses qui se consomment par l'usage, comme le blé, le vin, l'argent monnayé ; néanmoins ces choses deviennent l'objet d'un commodat, lorsqu'elles sont empruntées *ad ostentationem ;* c'est-à-dire, lorsque l'usage spécial et exceptionnel pour lequel a lieu l'emprunt, ne doit pas en nécessiter la consommation : c'est ce que font certains receveurs, quand ils savent que leur caisse doit être prochainement inspectée : ils empruntent des sacs d'argent, qu'ils restituent *in individuo*, après l'inspection (*Voyez* nos observations préliminaires).

1879 — Les engagements qui se forment par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte.

Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée.

= On est toujours censé stipuler pour soi, ses héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention (1122).

Les tribunaux sont appréciateurs des circonstances (1) : — ex., je prête un livre à un de mes amis : il est évident que je n'ai en vue que cet ami : s'il vient à mourir, ses héritiers ne pourront conserver le livre :—mais si j'ai prêté mon cheval pour labourer un champ, les héritiers de l'emprunteur conserveront ce cheval tant que le champ ne sera pas labouré ; car, en faisant ce prêt, j'ai moins considéré la personne du défunt que l'intérêt de son patrimoine.

La mort du prêteur n'entraîne pas en principe l'anéantissement du prêt.—Exceptons le cas, où le contrat serait modifié par une condition restrictive ; par ex., si l'on avait ajouté ces mots : *tant qu'il plaira au prêteur.*

SECTION II.

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR.

L'emprunteur contracte deux obligations principales; il doit :

(1) Troplong, n. 44. Dur. n. 500.

1° Apporter à la garde et à la conservation de la chose, la plus grande vigilance (*exactissimam diligentiam*); et n'employer cette chose qu'à l'usage déterminé soit par la convention; soit, à défaut de convention, par sa nature même.

2° Restituer la chose *in individuo*, après l'expiration du temps pour lequel elle lui a été prêtée; ou après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

Ces deux obligations sont sanctionnées par la disposition finale de l'article 1880, ainsi conçue : *le tout à peine de dommages-intérêts s'il y a lieu.*

L'emprunteur qui a contracté l'engagement de rendre la chose à un jour convenu, est en demeure de restituer par la seule expiration du terme, sans qu'il soit besoin d'acte : à partir de ce jour, la responsabilité des cas fortuits pèse sur lui : *dies pro homine interpellat* (1881).

Mais après l'expiration du terme, le juge peut lui accorder, pour restituer, un délai modéré, à charge toutefois de payer au prêteur des dommages-intérêts s'il y a lieu, à raison du préjudice que lui a causé ce retard.

L'emprunteur doit restituer avant l'expiration du terme, s'il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose.

Le prêteur supporte la perte arrivée par cas fortuit; mais cette règle souffre exception dans les cas suivants :

1° Lorsque la perte est arrivée par suite d'une faute que l'emprunteur a commise; par ex., s'il a employé la chose à un usage autre que celui pour lequel il l'a reçue.

2° Ainsi que nous l'avons dit, lorsque l'accident qui a causé la perte, est arrivé depuis l'époque fixée pour la restitution : l'emprunteur s'est constitué en faute en conservant la chose, sans le consentement du prêteur, plus longtemps qu'il ne le devait.

3° Lorsque l'emprunteur a pris sur lui les risques de la chose: cette convention n'a rien de contraire à l'équité (1883) : en effet, dès le moment où rien n'oblige à prêter, pourquoi refuserait-on au prêteur la faculté de stipuler qu'il ne sera pas tenu des risques?

4° Lorsqu'il aurait pu garantir la chose prêtée en employant la sienne propre.

5° En cas de force majeure, s'il a laissé périr la chose prêtée pour sauver celle qui lui appartient (1882).

L'emprunteur supporte les réparations d'entretien; mais celles qui ont eu pour but la conservation ou l'amélioration de la chose sont à la charge du prêteur.

La nature du contrat de prêt s'oppose à ce que l'emprunteur puisse retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit.

Le prêteur a contre l'emprunteur et ses héritiers, pour obtenir

l'exécution des engagements qui résultent du prêt, une action personnelle (*actio commodati directa*).

Lorsque le prêt a été fait à plusieurs personnes, il peut intenter cette action solidairement contre chacune d'elles ; car elles sont censées avoir emprunté la chose en totalité (Pothier, n° 65).

Si l'emprunteur a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu que pour sa part héréditaire (1222) (Pothier, n° 66).

L'action *commodati directa* a pour objet :

1° La restitution de la chose prêtée et ses accessoires : à cet effet, le prêteur peut obtenir jugement et en vertu de ce jugement agir *manu militari*, si la chose est en la possession de l'emprunteur ; ou en paiement de l'estimation s'il en a disposé, ou si elle a péri par sa faute.

Lorsqu'il s'agit d'un immeuble, il exerce la revendication.

2° Les dommages-intérêts auxquels l'emprunteur doit être condamné lorsque la chose prêtée a été détériorée par sa faute, ou lorsqu'il s'en est servi pour un usage autre que celui auquel elle était destinée.

3° L'indemnité du préjudice causé par le retard dans la restitution.

4° La restitution des fruits perçus par l'emprunteur et une indemnité pour ceux qu'il a manqué de percevoir par sa faute.

5° Enfin, la restitution de toutes les choses accessoires de celle qu'il a prêtée.

Si les choses accessoires ont été détériorées par la faute de l'emprunteur, le prêteur peut conclure aux dommages-intérêts résultant de ces détériorations.

Le prêteur ne peut prétendre à des dommages-intérêts, que lorsqu'il éprouve un préjudice : mais il n'est point tenu de rester spectateur impassible de l'incurie de l'emprunteur et d'attendre, pour se plaindre, que le mal soit arrivé. Ce fait lui confère le droit d'exiger la restitution de ce qui a été prêté, bien que le temps fixé pour la durée du prêt ne soit pas expiré : on ne peut le contraindre à l'exécution complète de ses engagements, quand l'emprunteur manque ouvertement aux siens.

1880 — L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu.

=L'emprunteur étant obligé de restituer, doit veiller en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose : mais rappelons-nous, que cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats (1137) : or, le prêt à usage est un de ceux

dans lesquels on doit l'interpréter à la rigueur ; car ce contrat se forme ordinairement dans le seul intérêt de l'obligé.

Il ne suffit donc pas à l'emprunteur, pour s'affranchir de toute responsabilité, de donner à la conservation de la chose, autant de soins qu'à celles qui lui appartiennent ; ni même les soins ordinaires d'un bon père de famille, *in abstracto :* il doit la plus grande vigilance (*exactissimam diligentiam*) ; c'est-à-dire, les soins que les personnes les plus attentives donnent à leurs affaires : on ne lui pardonnerait pas de petites négligences qu'un père de famille peut se permettre sans cesser d'être bon administrateur : il répond de toute espèce de faute ; même de celle que certains auteurs qualifient de très-légère (*levissima*). Cette théorie puisée dans Pothier (nº 108) résulte de l'article 1882, puisque cet article rend l'emprunteur responsable de la perte arrivée par cas fortuit, s'il a pu garantir la chose prêtée en employant la sienne propre ; ou si ne pouvant conserver que l'une des deux il a préféré la sienne (1).

Toutefois, les tribunaux doivent, dans l'appréciation des fautes, avoir égard à l'âge, à la condition et à l'expérience de l'emprunteur: par ex., si le prêt a pour objet un cheval, tels faits qu'on ne pourra reprocher à un enfant ou à une personne qui n'a pas la connaissance des chevaux, constitueront une faute grave de la part d'un écuyer (2).

Toujours par suite du même principe, si la chose prêtée a été dérobée, quand même ce serait par les enfants ou par les domestiques du prêteur, l'emprunteur doit en répondre; car le vol simple ne peut guère arriver sans quelque défaut de soins ou de précautions.

Mais il peut se faire décharger, en prouvant qu'il n'y a eu de sa part aucune faute; par ex., que le vol a été commis avec effraction (3), ou que la perte résulte de toute autre circonstance qu'il n'a pu prévenir ; par ex., en cas d'inondation.

La responsabilité de l'emprunteur est la même, que le prêt ait été fait spontanément, ou qu'il ait été sollicité par l'emprunteur. « Le bienfait que me fait le prêteur, en me prêtant la chose dont il sait que j'ai besoin, sans attendre que je l'en prie, en est d'autant plus grand, » dit Pothier (nº 52).

L'emprunteur qui a payé le prix de la chose perdue ou volée, est subrogé aux actions du prêteur contre ceux qui la détiennent : s'il parvient à retrouver cette chose, il en devient propriétaire. — Mais

(1) Troplong, n. 77 et suiv., décide que l'emprunteur n'est tenu que des soins d'un bon père de famille *in abstracto*, mais dans quel cas appliquerait-on le dernier alinéa de l'art. 1137, si ce n'était en matière de prêt à usage? Delv. t. 3, p. 403. Toullier, t. 6, n. 230 et suiv. Dur. n. 521. Duvergier, n. 55.

(2) Troplong, n. 82, Duvergier, n, 57.

(3) Troplong, n. 84 et suiv., 87.

alors, a-t-il le droit de répéter le prix, en offrant de restituer la chose ? Non : car le prêteur a pu s'en procurer une autre (1).

Si c'est le prêteur qui retrouve sa chose après avoir été indemnisé, il doit restituer cette chose à l'emprunteur, ou lui tenir compte du prix (Pothier, nº 85).

Le principe que l'emprunteur doit apporter à la conservation de la chose prêtée la plus grande vigilance, souffre exception dans deux cas :

1º quand il a été convenu qu'il ne devra que des soins ordinaires: l'emprunteur peut même valablement stipuler qu'il ne répondra (2) d'aucune faute ; il ne doit alors que de la bonne foi.

2º Lorsque le prêt a été fait pour l'intérêt commun des deux parties; par ex., si un associé prête son cheval pour entreprendre un voyage dans l'intérêt de la société : les soins imposés à l'emprunteur ne sont alors que ceux ordinaires d'un bon père de famille (3).

La chose doit être rendue *in individuo :* c'est là un des caractères du commodat.

Elle doit être rendue en bon état : nous verrons toutefois, que l'emprunteur n'est pas tenu de la détérioration causée par le seul effet de l'usage auquel la chose est destinée (1884). — Quant aux réparations d'entretien, elles sont à sa charge. — Si les détériorations, conséquences naturelles de l'usage, se trouvent aggravées par suite de la négligence qu'il a mise à faire ces sortes de réparations, il répond de ce dommage (1886).

L'emprunteur doit restituer la chose prêtée avec ses accessoires, et tenir compte des fruits qu'elle a produits pendant qu'elle était entre ses mains; car le prêteur n'a pas prêté les fruits.

La perte causée par force majeure, ou arrivée par cas fortuit (1148, 1302), est supportée par le prêteur.—Peu importe que ce soit le prêt qui ait donné lieu à l'accident : en prêtant une chose, on prend tacitement sur soi tous les risques qu'elle pourra courir : ex., j'emprunte un cheval pour faire un voyage; des voleurs m'arrêtent et le tuent : le prêteur n'aura pas d'action contre moi (4).

Cette règle générale, commune à tous les contrats, souffre excep-

(1) Pothier, n. 68. Troplong, n. 83.

(2) Pothier, n. 50. Duvergier, n. 59. Dur, n. 523.

(3) Pothier, n. 51 et Dur. n. 522, reproduisent dans ce cas spécial la division des fautes en lourdes, légères et très-légères ; mais les différents degrés de gravité des fautes ne sont pas déterminés dans le code avec assez de précision pour que l'on puisse établir que l'emprunteur sera tenu de telle ou telle faute selon l'utilité qu'il trouvera dans le prêt : posons seulement en principe, que le juge usera d'une plus grande rigueur contre l'emprunteur qui aura reçu le prêt dans son seul intérêt, que pour celui qui aura agi en même temps dans son intérêt et dans celui du prêteur (Duvergier, n. 56).

(4) Duvergier, n. 62. Delv., t. 3, p. 406 et suiv. Dur. t. 17, n. 52. Il y a présomption légale que l'emprunteur a entendu se charger des cas fortuits ; c'est là une erreur grave par les conséquences qu'elle entraîne, puisqu'il faut alors rejeter les deux exceptions que nous admettons.

tion : 1° lorsque l'emprunteur a spécialement répondu des cas fortuits (1883) ; — 2° lorsque le cas fortuit a été précédé d'une faute de sa part sans laquelle la perte n'aurait pas eu lieu : ainsi, dans l'espèce précédente, si j'avais pris un chemin de traverse, au lieu de suivre la route ordinaire ; ou si j'avais voyagé à des heures indues, il n'est pas douteux que je devrais des dommages-intérêts ; — 3° lorsque la chose prêtée à péri par un cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si ne pouvant conserver que l'une des deux il a préféré la sienne (1882) (1) ; — 4° lorsque le cas fortuit est survenu après l'époque fixée pour la restitution ; à moins qu'il ne soit prouvé que la chose eût également péri entre les mains du prêteur (Arg. de l'art. 1881) ; — 5° enfin, si la chose a été estimée en la prêtant (1883) : c'est comme de raison à l'emprunteur, à prouver que la chose a péri par force majeure, puisqu'il est soumis à l'obligation de restituer (Troplong, n° 83).

Les obligations de l'emprunteur s'étendent à tous les accessoires de la chose : par ex., si vous me prêtez une jument qui est encore suivie de son poulain, je serai tenu de donner des soins à ce poulain. (Pothier, n° 54. Dur., n° 524.)

L'emprunteur ne doit se servir de la chose prêtée, que pour l'usage déterminé par la convention : je vous prête un cheval de selle, vous ne pourrez le mettre à la voiture. — Je vous prête ma voiture pour aller à Paris, vous ne pourrez vous en servir pour aller à Lyon.

L'emprunteur qui prolonge l'usage de la chose empruntée au delà du temps convenu se constitue en faute (voyez art. 1881).

Si l'emprunteur manque aux obligations qui lui sont imposées, le prêteur peut demander la dissolution du contrat, et même, suivant les circonstances, des dommages-intérêts.

L'emprunteur ne peut conserver la chose au delà du terme convenu, bien que la restitution immédiate doive lui causer un grave dommage. Néanmoins, si le prêteur n'a point d'intérêt à ce qu'elle lui soit remise, l'équité veut que l'on accorde un délai à l'emprunteur (Pothier, n. 42).

L'action en restitution est imprescriptible, puisque l'emprunteur détient à titre précaire (2231, 2236, 2237) ; mais lorsque la chose n'existe plus dans les mains de l'emprunteur ou de ses héritiers, soit qu'il l'aient fait périr, soit qu'elle ait péri par un cas fortuit dont il se trouvait chargé, l'action en dommages-intérêts se prescrit par 30 ans, comme toutes les autres actions personnelles (2).

La chose doit être restituée au lieu déterminé par la convention. —

(1) Toullier, t. 6, n. 228. Duvergier, n. 61.
(2) Duvergier, n. 97. Dur. n. 542.

Lorsque les parties n'ont rien fixé à cet égard : « La chose (d'après Pothier, n. 36) doit être rendue au prêteur en sa maison, à moins que par sa destination elle n'eût coutume d'être dans un autre lieu; *putà*, dans une de ses maisons de campagne d'où le prêteur l'a retirée pour la prêter; auquel cas elle doit être rendue au lieu où elle a coutume d'être. » — « Si depuis le prêt, le prêteur avait transféré sa demeure très-loin, l'emprunteur ne serait pas obligé de lui rendre la chose prêtée ailleurs qu'au lieu où était la demeure du prêteur lors du prêt; car ce n'est que dans ce lieu qu'il a entendu s'obliger de la rendre..... Si la nouvelle demeure du prêteur était peu éloignée de celle où la chose a été prêtée, l'emprunteur à qui elle est connue, doit être obligé de rendre la chose au prêteur en sa nouvelle demeure. »

Cette doctrine est condamnée par tous les auteurs, on s'accorde à décider que la restitution doit se faire au lieu où la chose a été livrée à l'emprunteur. Il y aurait souvent injustice, dit notamment Troplong (n. 279), à exiger que l'objet prêté fût remis dans un autre lieu; ce serait soumettre l'emprunteur à des frais de transport qui rendraient onéreux pour lui un contrat de pure bienfaisance. — Ajoutons, que l'article 1903 admet implicitement cette solution lorsqu'il dit, qu'en cas d'impossibilité pour l'emprunteur de rendre la chose prêtée, « il en doit l'estimation d'après sa valeur au lieu où l'emprunt a été fait. » — Vainement argumenterait-on de l'article 1247, cet article n'est applicable qu'au prêt à intérêt (1).

Nous admettons toutefois, que l'emprunteur est tenu de restituer la chose au nouveau domicile du prêteur, si ce domicile est peu éloigné de l'ancien : « Celui, dit Pothier (n. 37), qui a reçu un bienfait ne doit pas être écouté à chicaner son bienfaiteur. »

Le prêteur est tenu de rembourser à l'emprunteur les dépenses urgentes qu'il a faites pour la conservation de la chose prêtée. Nous parlerons sous l'article 1890 des moyens qu'il peut employer pour obtenir ce remboursement.

Enfin, la chose doit être rendue soit au prêteur ou à son fondé de pouvoir ; soit à la personne qui exerce les droits du prêteur, s'il n'avait pas la capacité requise pour prêter (2), s'il a changé d'état, ou s'il est devenu, depuis le prêt, incapable de recevoir.

Si le prêteur est décédé, la chose doit être rendue à ses héritiers (Pothier, n. 31 et suiv.).

(1) Troplong, n. 276 et suiv. Merlin, Rép., v° Prêt., § 2, n. 12. Dur. n. 531. Duvergier, n. 87.

(2) Suivant Pothier (n. 35), le mineur peut recevoir, si la chose qu'il a prêtée était à son usage : — Par ex., si un écolier a prêté à quelqu'un ses livres de classe : selon nous, ce ne serait là qu'une simple tolérance ; en principe, on doit décider que le mineur ne peut, sans le consentement de son tuteur, recevoir ce qui lui est dû et en décharger son débiteur (L. 15, ff. de *Solut.*). — Au reste, on peut dire, qu'en laissant la chose entre les mains du mineur, le tuteur donne à ce mineur l'autorisation de recevoir et de donner décharge.

1881 — Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée par cas fortuit.

= Dans les deux cas prévus par notre article, l'emprunteu manque aux deux obligations principales qui lui sont imposées; savoir : de ne faire servir la chose qu'à l'usage expressément ou tacitement convenu et de la rendre à l'époque fixée. — Ex. : je vous ai prêté un cheval de selle et vous le mettez au labour. — Je vous l'ai prêté pour aller à Versailles et vous le conduisez à Rambouillet : — Dans l'un et l'autre cas, l'emprunteur méconnaît la loi du contrat; il encourt la responsabilité de la perte arrivée même par cas fortuit pendant l'exercice de cet usage illicite, et se rend passible de dommages-intérêts s'il y a lieu (1). — L'art. 1881 est en harmonie parfaite sur ce point avec l'art. 1302.

Toutefois, s'il résulte des circonstances que le prêteur aurait autorisé cet autre usage, la faute cesse (2). — A la vérité, le texte de l'art 1881 semble exclure toute modification au principe qu'il proclame; mais il faut avant tout consulter son esprit: or, en parlant d'un usage autre que l'usage *convenu*, il autorise évidemment le juge à rechercher quelle a pu être la pensée des parties. (3) — N'oublions pas qu'il s'agit d'un contrat de bienfaisance, et que toute interprétation rigoureuse est dès lors contraire à son esprit.

Quid, si la force majeure eût frappé la chose, quand même elle n'aurait pas été détournée de son usage légitime? L'article 1881 ne prévoit pas ce cas; mais il faut le compléter par l'article 1302, disposition générale qui renferme toutes les règles relatives à la perte de la chose : or, il résulte de cet article, que le débiteur est affranchi de toute responsabilité, si la chose eût également péri chez le prêteur, ou si l'usage n'eût pas été interverti.—Il s'agit d'une question de fait entièrement abandonnée à l'appréciation des tribunaux (4). On donne pour exemple, le cas où le cheval prêté serait mort de vieillesse.

Ici s'élève la question de savoir, si la seule échéance du terme suffira pour mettre les cas fortuits à la charge de l'emprunteur, ou

(1) A Rome, on qualifiait de *vol*, l'usage frauduleux de la chose prêtée.—Pothier,—Prêt. n. 22, enseignait cette théorie : les auteurs du code ne l'ont pas admise, ils se sont bornés à déclarer l'emprunteur en faute.

(2) Pomponius. L. 76, ff. *de furtis*. Justinien. Inst. *De oblig. quæ ex delicto*, § 7. Caius 3. Comm. 197. Pothier.

(3) Pothier, n. 21 et 28. Troplong, n. 98 et 104. Duvergier, n. 62 et suiv. *Voy.* cep. Dur. t. 17, n. 518. L'art. 1881 dit cet auteur, est conçu en termes généraux et absolus. Il y a présomption légale que l'emprunteur a entendu se charger des cas fortuits; mais on répond, qu'en matière de prêt comme dans tout autre contrat, l'intention des parties est la première règle à suivre.

(4) Delv. t. 3, p. 406, notes. Dur. n. 520. Duvergier, n. 62 et suiv. Troplong. n. 192.

s'il faudra une mise en demeure? On décide qu'il y a lieu d'appliquer ici la maxime *dies pro homine interpellat :* ainsi, l'emprunteur se met de lui-même en demeure en ne restituant pas la chose au jour fixé; c'est là une dérogation à la règle de l'art. 1139: en reconnaissance du bienfait qu'il reçoit, l'emprunteur doit scrupuleusement accomplir les devoirs qu'il s'est imposés.

1882 — Si la chose prêtée pèrit par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre.

= Rappelons-nous, que l'emprunteur est tenu d'apporter le plus grand soin à la conservation de la chose (*exactissimam diligentiam*) : appliquant ce principe, notre article établit deux exceptions à la règle qui laisse à la charge du prêteur la perte arrivée par cas fortuit ou causée par une force majeure (1) :

1° Lorsque l'emprunteur aurait pu garantir la chose d'autrui en employant la sienne propre. — Pothier admet sur ce point la distinction suivante : « Si l'emprunteur, a dissimulé au prêteur le danger auquel il voulait exposer la chose prêtée et soustraire la sienne, cette espèce de dol est une raison décisive pour mettre la perte à sa charge. — Mais s'il a été de bonne foi au moment où le prêt a eu lieu ; c'est-à-dire, s'il n'a point caché au prêteur qu'il avait une chose propre au même usage, il n'est responsable, qu'autant que pouvant prévoir le danger que devait courir la chose dont il se servait, il a précisément employé celle qui lui a été prêtée pour ne pas exposer la sienne; car l'emprunteur est alors devenu plus riche, *quatenus rem suam salvam fecit*: or, l'équité ne permet pas que l'on s'enrichisse aux dépens d'autrui. »

Le code est plus favorable au préteur : dans le cas prévu, l'art. 1882 déclare l'emprunteur responsable lorsque la chose prêtée a péri fortuitement; c'est-à-dire, par cela seul qu'il aurait pu garantir cette chose en employant la sienne propre ; sans distinguer si ce dernier s'est rendu coupable de dissimulation frauduleuse au moment où le prêt a eu lieu, ou s'il a emprunté la chose de bonne foi. Il n'exige pas même que l'emprunteur se soit servi de la chose prêtée en vue de ne pas exposer la sienne à un danger déterminé (2); par conséquent, on considérerait uniquement cette dernière circonstance comme aggravante.

(1) Troplong (n. 113), ainsi que nous l'avons vu, p. 379, n'admet pas que l'emprunteur soit tenu de la diligence très exacte; il justifie la disposition qui nous occupe, en disant, que dans le cas prévu, l'emprunteur a manqué à la reconnaissance, et s'est rendu coupable de mauvaise foi.

(2) Suivant Duvergier. n. 65, l'emprunteur qui a été de bonne foi dans le principe, ne ré-

2° Si, ne pouvant conserver que l'une des deux choses, l'emprunteur a préféré conserver la sienne : ici, on suppose, qu'il a eu le choix, et qu'il a exercé ce choix au détriment du prêteur. La responsabilité de l'emprunteur est engagée, puisqu'il doit à la conservation de la chose prêtée, plus de soins qu'à celles qui lui sont propres : la préférence qu'il a manifestée pour ces dernières le constitue en faute ; il est juste de le punir. — Ex. : vous m'avez prêté votre cheval ; le feu prend à l'écurie, où il se trouve avec un autre cheval qui m'appartient : obligé de laisser périr l'un ou l'autre, je sauve le mien : vous pourrez exiger des dommages-intérêts ;

Mais si l'emprunteur n'a pas eu le choix ; par ex., toujours dans le cas d'incendie, s'il a pris, en se sauvant, la première chose qui s'est présentée sous sa main, la perte de la chose prêtée ne sera point à sa charge (1).

Observons surtout, que la loi statue pour le cas seulement où le prêt a eu lieu dans l'intérêt de l'emprunteur : s'il était intervenu dans l'intérêt des deux parties, on appliquerait la règle générale : l'emprunteur ne serait plus responsable de la faute très-légère (*levissimâ culpâ*) ; il lui suffirait, pour se trouver à l'abri de tout recours, d'avoir donné à la chose les soins d'un bon père de famille : ainsi, dans l'exemple ci-dessus, on ne pourrait exiger de lui aucune indemnité, s'il avait laissé périr le cheval prêté pour sauver le sien (2).

Quid, si l'emprunteur a laissé périr une chose de peu de valeur qui lui était prêtée ; par ex., une table, un livre, etc., pour sauver ses papiers ou autres choses de la plus haute importance ? — On peut dire, que la loi ne distingue pas ; que la disposition est générale et absolue (Pothier, n. 56) : mais évidemment, ce serait méconnaître son esprit : la différence de valeur entre la chose de l'emprunteur et la chose prêtée justifie la préférence accordée à la première : notre texte doit s'appliquer dans le seul cas où les choses ont une égale valeur ; alors seulement, l'emprunteur est en faute. Le juge est appréciateur des circonstances. — Cette décision est rigoureusement conforme à l'équité, ainsi que le démontre Duranton (n° 527) dans le passage suivant : « Si dans l'incendie de sa maison, l'emprunteur qui aurait pu à la rigueur, on le suppose, sauver la chose qui lui a été prêtée et qui était de peu de valeur : par ex., une table, une paire de flambeaux, a songé d'abord à sauver ses papiers, ou ses meubles les plus précieux, il ne devrait point répondre de la perte de la chose prêtée ; parce que dans ce cas, mora-

pond de la perte, que s'il s'est servi de la chose prêtée, en vue de ne pas exposer la sienne ; Cette distinction ne peut être admise en présence des termes généraux de l'art. 1882.

(1) Pothier, n. 56. Dur., n. 527. Duvergier, n. 69.

(2) Pothier, n. 61. Delv., p. 197 et 406, n. 2. Dur., n. 532.

lement parlant, il n'a pas eu le choix et qu'il n'est dès lors nullement en faute... Il est vrai de dire que la chose prêtée a péri par l'effet d'une force majeure à laquelle il n'a pu résister; ce qui l'affranchit de la perte.» —La règle de l'art. 1882 doit être entendue en ce sens, que le juge doit prononcer eu égard aux circonstances, lorsque l'emprunteur a placé son intérêt avant celui du prêteur.— Il est bien entendu, qu'une légère supériorité de valeur dans la chose qui appartient à l'emprunteur, ne suffirait pas pour justifier l'exception (1).

L'emprunteur peut-il prétendre à une indemnité, s'il a laissé périr sa chose pour sauver la chose prêtée ? Lorsqu'il a fait des dépenses nécessaires, l'article 1890 lui accorde formellement le droit d'en exiger le remboursement: il semble conséquent dès lors, d'admettre sa demande.—Dans le cas prévu, l'art. 1882, il est vrai, garde le silence; néanmoins, on doit compléter cet article par la disposition de l'art. 1890 et accorder à l'emprunteur une indemnité : Rien ne justifie, en effet, la distinction que l'on prétendrait établir, entre le sacrifice en nature et la dépense en argent (Duvergier, n. 66 et 67).

1888 — Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par ce cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire.

= L'emprunteur peut, par une clause formelle, se charger de tous les risques ; cela n'est pas douteux : mais l'estimation suffit-elle pour mettre les cas fortuits et les accidents de force majeure à sa charge ? Sous notre ancienne jurisprudence, quelques auteurs, et de ce nombre était Pothier (n. 62), se prononçaient pour la négative. Le Code n'a point admis ce système : assurément, il ne considère pas l'estimation comme transmettant la propriété à l'emprunteur ; ni même comme lui conférant la faculté de restituer à son gré la chose ou l'estimation : mais il présume, qu'elle a eu pour but de mettre l'emprunteur, à tout événement, dans l'obligation de rendre intacte la chose prêtée, ou d'en payer le prix si elle a péri : Le prêteur ne pourrait donc forcer l'emprunteur, à garder cette chose pour le montant de l'estimation (2).

Notre article prévoit seulement le cas de perte : mais il y a même raison de décider, au cas de détérioration causée par ce cas fortuit.

Quel est l'effet de l'estimation, si l'acte porte qu'elle n'a pas pour but de mettre les cas fortuits à la charge de l'emprunteur? On présume alors que les parties ont voulu déterminer d'avance la somme que devra rembourser ce dernier, au cas où la perte serait causée par sa faute (Duvergier, n. 71).

(1) Pothier, n 56. Duvergier, n. 69. Dur., n. 527.
(2) Duvergier, n. 72. Troplong, n. 121. Dur., n. 533. Delv., p. 407, notes, t. 3.

1884 — Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration.

= Hors les cas exceptionnels énoncés dans les art. 1881-1883, l'emprunteur n'est pas tenu de la détérioration survenue sans qu'il y ait eu faute de sa part; car en consentant à ce qu'on se serve de sa chose, le prêteur prend tacitement sur lui les détériorations ou les dégradations que l'usage pourra occasionner : L'emprunteur est donc libéré, en rendant la chose dans l'état où elle se trouve. — Mais il faut que le dommage soit le résultat de l'usage déterminé par la convention ou par la nature de la chose, et en outre, que l'emprunteur ait usé en bon père de famille; autrement, il serait responsable.

Les dépenses qu'il faut faire pour user de la chose, et celles sans lesquelles l'usage serait impossible ou nuisible, sont évidemment à la charge de l'emprunteur.

— Si la chose a été détériorée par le fait de l'emprunteur, le prêteur peut-il en demander le prix avec des dommages-intérêts, et offrir d'abandonner cette chose à l'emprunteur? — Il faut distinguer : si la chose, quoique détériorée, peut encore servir à son usage ordinaire, le prêteur a seulement le droit de se faire tenir compte de la moins-value ; mais, si la détérioration est tellement considérable que la chose ne puisse plus servir commodément : par ex., si le cheval qui était l'objet du prêt, est devenu aveugle ou borgne par la faute de l'emprunteur, le prêteur peut exiger le prix de la chose. Arg. de l'art. 1636 (Pothier, n. 70; Delv., p. 197, n. 4 ; Duvergier, n. 80).

1885 — L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit (1).

= La loi mettant *la restitution* au nombre des conditions essentielles du prêt à usage, il est évident que l'emprunteur manquerait à l'obligation qu'il a contractée, s'il retenait la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit :

D'ailleurs, le prêt à usage a toujours pour objet un corps certain, lors même qu'il s'agit de deniers, s'ils ont été empruntés *ad ostentationem :* or, nous savons, que la compensation légale n'est point applicable, quand les dettes ont pour objet des corps certains (1291) : l'art. 1293 déclare même formellement, qu'on ne peut opposer la compensation, à la demande en restitution d'un dépôt, ou d'un *prêt à usage.*

Il en serait ainsi, bien que l'emprunteur fût créancier d'une

(1) Il faut corriger l'art. 1885 et dire : l'emprunteur ne peut pas retenir la chose prêtée *en nantissement* de ce que le prêteur lui doit (Toullier, t. 7, n. 384. Dur. t. 17, n. 536 et 537).

chose du même genre que la chose prêtée; car le prêt est un contrat de bienfaisance; un acte de confiance : dispenser l'emprunteur de l'obligation de restituer, ce serait méconnaître l'essence de ce contrat, et jusqu'à un certain point, donner ouverture au dol.

La disposition qui nous occupe serait donc inutile, si elle n'avait d'autre but que celui de rappeler ce principe : qu'elle a donc été la pensée du législateur ? on admet généralement qu'il a voulu interdire à l'emprunteur la faculté de retenir la chose *en nantissement* d'une créance qu'il aurait contre le prêteur (1).

Puisque ce but est le seul que le législateur ait eu en vue, il faut décider, que le prêteur pourrait opposer à l'emprunteur la compensation : l'art. 1885, en effet, ne met point obstacle à la compensation facultative. Nous ne voyons pas même ce qui s'opposerait à ce que l'emprunteur formât une saisie-arrêt entre ses mains (822, 823 Pr.).

Si l'emprunteur avait fait des impenses nécessaires, aurait-il, indépendamment du privilége qui résulte de l'art. 2102, n° 3, le droit de retenir la chose jusqu'à parfait paiement? Le droit de rétention est accordé en matière de contrats synallagmatiques, parce que les obligations respectives de chacun des contractants sont la condition implicite sans laquelle le contrat n'aurait pu se former ; mais le prêt est un contrat unilatéral. — La loi, dit Dur. (t. 17, n° 538 et 541, t. 12, n° 450), donne exceptionnellement cette faculté au dépositaire (1948); mais elle ne l'accorde pas à l'emprunteur : or, il n'y a pas de raison suffisante pour appliquer au cas de commodat, ce qui est décidé en matière de dépôt : le dépositaire rend un service; l'emprunteur en reçoit un : on ne peut donc raisonner *à pari*.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que les auteurs du Code ont entendu maintenir sur ce point les principes de la loi romaine et accorder au prêteur, comme au dépositaire, le droit de rétention, à raison des impenses qu'il a faites pour conserver la chose prêtée : remarquons, en effet, que ces sortes d'impenses ont donné pour ainsi dire à la chose une existence nouvelle, en la garantissant d'une perte certaine; qu'une copropriété s'est établie entre l'emprunteur et le prêteur : dès lors, pourquoi ne pas appliquer en ce cas la règle qui accorde au vendeur le droit de retenir la chose tant qu'il n'est pas payé du prix ?— L'argument *a contrario*, tiré du silence que le législateur a gardé au titre du Prêt, sur le droit de rétention, bien qu'il soit explicite à cet égard, au titre du Dépôt, ne signifie rien : Ce silence

(1) Toullier, t. 7, n. 383. Duvergier, n. 91. — On peut dire que l'art. 1885, entendu même en ce sens, serait inutile, car il suffit de garder le silence sur une garantie particulière pour qu'elle ne soit pas accordée. — Suivant Delvincourt (t. 2, p. 178 et t. 3, p. 197, n. 9), il n'a été fait que pour proscrire la compensation dans le cas particulier où la chose aurait péri.

s'explique, si l'on considère que, dans le premier cas, le législateur a voulu maintenir la règle générale ; tandis que dans le deuxième, il s'est proposé d'ajouter à cette règle, en conférant au dépositaire le droit de garder le dépôt, non-seulement jusqu'au remboursement des impenses nécessaires qu'il a faites; mais encore pour sûreté du paiement de l'indemnité de toutes les pertes que le dépôt lui a causées (1947 et 1948). — Les dispositions des art. 1948 et 2082, sont donc, par analogie, applicables au prêt. (Arg. des art. 1890, 1891, 1948, 2102, n° 3) (Pothier, n. 43; Duvergier, n. 92) (1).

— Si la chose prêtée n'existant plus, la dette est convertie en dommages-intérêts liquidés en une somme d'argent, la compensation légale aura-t-elle lieu? — Suivant Delvincourt (t. 2, p. 178 et t. 3, p. 197, n° 9) l'art. 1885, exclusivement relatif au cas où la chose a péri, prohibe la compensation entre l'indemnité que doit l'emprunteur et les créances que peut avoir ce dernier contre le prêteur ; la cause de la dette est un obstacle à la compensation (Arg. de l'art. 1293); il s'agit pour l'emprunteur d'une dette d'honneur ; le paiement de cette dette ne peut-être différé sous aucun prétexte : La compensation, dit cet auteur, procurerait à l'emprunteur, si elle pouvait avoir lieu, un moyen facile d'éluder l'obligation qu'il s'est imposée de restituer l'objet prêté *in individuo* et de dénaturer ainsi le contrat ; il lui suffirait, en effet, de vendre cet objet à un tiers de bonne foi : sa dette se convertirait alors en dommages-intérêts et il compenserait. — Cette interprétation, à laquelle on n'arrive qu'en forçant les termes de l'art. 1293, 2°, est contraire au texte et à l'esprit de la loi : *au texte*, car il suppose évidemment que la chose existe encore en nature, entre les mains de l'emprunteur; — *à l'esprit de la loi*, car du moment où l'obligation de restituer est convertie en une dette de dommages-intérêts, liquidés par une convention ou par un jugement, on ne voit pas pourquoi la compensation serait interdite : en définitive, l'emprunteur doit alors une somme d'argent ; la cause de la dette importe peu (Pothier, n° 44) (2).

Toutefois, s'il était prouvé que l'emprunteur a détruit la chose prêtée pour se constituer débiteur de dommages-intérêts et parvenir ainsi à se payer, par voie de compensation, des sommes qui lui sont dues par le prêteur, les tribunaux refuseraient la compensation ; mais pour cause de dol (Duvergier, n° 93).

Quid, si la chose a péri depuis que les dépenses ont été faites? — Si la perte est arrivée par cas fortuit, l'emprunteur peut toujours réclamer le remboursement de ces dépenses (Delv., p. 198, n° 1).

1886. — Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter.

= L'emprunteur doit supporter les dépenses qu'il a faites dans son propre intérêt, pour user de la chose : par ex., si vous me prêtez un cheval, je devrai le nourrir, l'entretenir de fers, etc. ; si vous me prêtez un appartement, je serai tenu des réparations locatives.

Mais les impenses extraordinaires, c'est-à-dire, celles qui ont

(1) Pothier, n. 43 et 80. Toullier, n. 84. Duvergier, n. 92 et 117. Delv. t. 1, p. 410. Troplong, Hyp., n. 174 et suiv.

(2) Dur. n. 557. Troplong, n. 130 et suiv. t. 17, n. 448, t. 12. Duvergier, n. 93. Marcadé art. 1293.

pour but la conservation ou l'amélioration de la chose, sont à la charge du prêteur (*voyez* art. 1890) : par ex., si le cheval est atteint d'une maladie grave, ou si j'ai été forcé de faire de grosses réparations pour prévenir la ruine d'un bâtiment, le prêteur devra m'indemniser.

1887. — Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur.

= En principe, la solidarité ne se présume pas (1202); mais cette règle souffre exception en matière de prêt : la responsabilité ne se divise pas entre les divers emprunteurs; le prêteur est censé avoir livré la chose en totalité à chacun d'eux : par ex., si je prête ma voiture à deux personnes, pour faire un voyage, l'une et l'autre seront solidairement soumises à l'action en restitution et à la réparation du dommage que la voiture aura éprouvé; lors même que ce dommage résulterait du fait de l'une d'elles.

Quid si l'un des emprunteurs est mort laissant plusieurs héritiers? chacun d'eux ne sera tenu que pour sa part.—Toutefois, cette règle souffre exception dans deux cas : 1° lorsque la chose est tombée dans un seul lot : l'héritier appelé à recueillir ce lot, peut être assigné seul; sauf son recours contre ses cohéritiers (1221, n. 2). — 2° lorsqu'elle a péri par la faute de l'un d'eux : celui-ci est alors seul obligé (1221).

Remarquons surtout, que la loi ne prononce la responsabilité solidaire qu'entre les emprunteurs : s'il existait plusieurs prêteurs, ou ce qui revient au même, plusieurs héritiers du prêteur, l'emprunteur ne pourrait donc les poursuivre solidairement, à raison des avances qu'il aurait faites pour conserver la chose ; mais seulement pour leur part et portion.

SECTION III.

DES ENGAGEMENTS DE CELUI QUI PRÊTE A USAGE.

Les obligations du prêteur sont la suite nécessaire du service qu'il a voulu rendre : les unes résultent du consentement qu'il donne tacitement en livrant la chose (1888 et 1889); les autres naissent de l'équité (*voyez* art. 1890 et 1891).

Trois obligations principales sont imposées au prêteur à usage ; il doit :

1° Prévenir l'emprunteur des défauts cachés que la chose peut avoir (1891).

2° Laisser l'emprunteur user paisiblement de la chose (1888 et 1889).

3° Indemniser l'emprunteur des impenses utiles ou nécessaires qu'il a faites (1886 et 1890).

L'emprunteur a une action personnelle (*commodati contraria*) pour contraindre le prêteur à remplir ses obligations.

Le prêteur ne peut, en abandonnant la chose, se libérer de l'indemnité qui est due à l'emprunteur (1).

1888. — Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

= Le prêteur ne contracte pas, comme le bailleur, l'obligation de faire jouir (*præstare uti licere*); ni même, comme l'usufruitier, celle de laisser jouir : ses obligations, ainsi que nous l'avons déjà dit, sont purement négatives ; il s'interdit seulement tout acte qui pourrait empêcher l'usage de la chose.

Mais de cette obligation, naît en faveur de l'emprunteur, une exception, pour repousser la demande que formerait le prêteur, avant l'expiration du temps convenu, ou avant qu'elle eût servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée, à l'effet d'obtenir que la chose lui fût restituée.

En cas de trouble causé par un tiers, on distingue : si le prêteur a été de bonne foi, l'emprunteur n'a point d'action en garantie contre lui : sous ce point de vue, le prêt à usage diffère du louage et de la constitution d'usufruit à titre onéreux : il ne serait pas juste que le bienfait devînt préjudiciable au bienfaiteur. — Si le prêteur a été de mauvaise foi, c'est-à-dire, s'il a prêté la chose comme sienne, sachant qu'elle ne lui appartenait pas, l'emprunteur peut exiger des dommages-intérêts (2).

L'emprunteur doit restituer la chose à l'époque déterminée par la convention. — Lors même que le terme convenu pour la durée du prêt n'est point expiré, s'il a retiré de cette chose les services que le prêt devait lui procurer, il n'a plus de titres pour la conserver. — Je vous prête ma voiture pour entreprendre un voyage; mais sous la condition que vous me la rendrez dans 15 jours : vous accomplissez ce voyage avant l'expiration du terme : je pourrai réclamer ma voiture aussitôt après votre retour ; car le but du contrat est atteint (Pothier, n° 26) (3).

Lorsqu'il n'y a ni terme, ni usage déterminé, ou même, lors-

(1) Pothier, n. 83. Troplong, n. 160 et 162.

(2) Pothier, n. 79 et 80. Dur. n. 547.

(3) Le prêteur pourrait exiger la restitution, même *manu militari*, sur une simple ordonnance de référé (Pothier, n. 25. Dur. n. 546).

qu'un terme ayant été fixé, ce terme est expiré, l'équité veut que l'on diffère la restitution, quand elle ne peut s'opérer sans causer à l'emprunteur un grave préjudice : le juge prend en considération l'intérêt que peut avoir le prêteur à recouvrer immédiatement sa chose, et le dommage qu'une restitution immédiate pourra causer à l'emprunteur.

Pothier (n° 28) va plus loin : d'après lui, « quand même le prêteur souffrirait quelque préjudice du retard, si celui que souffrirait l'emprunteur, en rendant immédiatement la chose prêtée, était beaucoup plus grand, on devrait encore, en ce cas, lui laisser la chose, à la charge par lui d'indemniser le prêteur du préjudice qu'il souffre de ce retard ; les devoirs de l'amitié qui ont porté le prêteur à faire le prêt, exigent de lui un tempérament. » — Mais en présence des termes absolus de l'art. 1888, il est difficile d'admettre cette solution : l'art. 1889 deviendrait alors applicable (Troplong, n° 149).

1889. — Néanmoins, si pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre.

= L'art. 1889 déroge aux principes généraux des obligations : il dispense l'une des parties de remplir ses engagements, uniquement, parce qu'elle a intérêt à ne pas les exécuter. — Cette dérogation s'explique, par la faveur que mérite le prêteur : on doit supposer, d'ailleurs, qu'il n'a consenti au prêt, que sous la réserve tacite de reprendre sa chose, si par suite d'un événement imprévu, elle lui devient indispensable.

Puisque l'art. 1889 est exceptionnel, il faut le renfermer dans ses termes : or, il n'autorise la restitution, qu'autant que le besoin du prêteur est *pressant ;* et lors même qu'il a ce caractère, il faut *qu'il n'ait pu être prévu.*

Le prêteur n'est donc pas recevable à demander la restitution de sa chose, s'il a pu prévoir, au moment du contrat, le besoin qui lui est survenu ; car il a tacitement consenti, pour l'avantage de l'emprunteur, à se priver de l'usage de cette chose.

Les tribunaux sont appréciateurs des circonstances ; ils doivent avoir égard, au préjudice qu'une restitution immédiate pourra causer à l'emprunteur : Au besoin, ils peuvent l'autoriser, suivant les cas, à fournir une chose semblable, dont le prêteur se servira en attendant la restitution. — Par ex., dit Pothier (n° 22) : « Si pendant que les étais que je vous ai prêtés servent à soutenir les planchers de votre maison dont on reconstruit le mur, j'ai besoin tout à coup de mes

étais pour soutenir ma maison, et que je vous les redemande, vous devez être reçu dans vos offres de m'en fournir d'autres à vos dépens, pour m'en servir à la place des miens, que vous ne pouvez retirer sans risques, jusqu'à ce que votre mur qu'on reconstruit soit achevé (1). »

Que devrait-on décider, si le prêteur avait été obligé de louer une chose semblable à la sienne, en cas de nécessité reconnue? L'emprunteur, dit Duvergier (n. 107), ne devrait pas de dommages-intérêts; car il a compté sur la jouissance de la chose prêtée pendant tout le temps convenu (2) : mais nous repéterons encore, que le contrat s'est formé sous la condition tacite de restitution immédiate, au cas où il surviendrait au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, et qu'il est juste de mettre à la charge de l'emprunteur, toutes les conséquences de l'impossibilité où il se trouve, de satisfaire, sous ce rapport, à ses obligations : Le prêteur, en définitive, ne doit pas être victime de sa générosité.

1890 — Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente, qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de le lui rembourser.

= L'emprunteur est tenu des impenses ordinaires; c'est-à-dire, de celles qui sont une charge naturelle de l'usage (1886) : mais le prêteur supporte, comme propriétaire, les impenses que la conservation de la chose a nécessitées; dès lors, l'emprunteur doit pouvoir répéter les avances qu'il a faites pour ce dernier objet.—Toutefois, son action est subordonnée au concours de trois circonstances : il faut 1° que les dépenses soient *extraordinaires;* 2° qu'elles aient été commandées par la *nécessité;* 3° que l'*urgence* se soit fait tellement sentir, qu'il ait été impossible de prévenir le propriétaire.—La loi n'autorise que sous ces trois conditions, la réclamation des sommes avancées.

Exemple : vous me prêtez un cheval pour entreprendre un voyage : il est d'abord évident que je serai tenu des frais de nourriture et de ferrage; car ce sont là des charges de la jouissance : *Qui habet emolumentum, onus sentire debet;* mais si ce cheval tombe ma-

(1) Duvergier (n. 107), combat cette décision : La loi, dit-il, autorise bien le juge à retarder la restitution de la chose prêtée; mais elle ne lui permet pas de décider qu'elle n'aura pas lieu, et de prescrire en même temps des mesures équivalant à une condamnation en dommages-intérêts pour défaut de restitution.—Nous croyons au contraire, qu'en pareille matière le juge doit chercher à concilier l'intérêt du prêteur et celui de l'emprunteur; or, dans le système de Duvergier, le prêteur deviendrait victime du service qu'il a rendu, un tel résultat serait contraire au vœu de la loi; car le prêt est un contrat de bienfaisance : en cette matière tout doit être réglé *ex æquo et bono*. (Troplong, n. 153. Dur. n. 546.)

(2) *Voy.* également en ce sens Dur. (n. 546). Mais cette opinion nous semble difficile à concilier avec la solution qu'il admet dans l'espèce qui précède.

lade, j'aurai droit au remboursement des dépenses que sa maladie m'aura occasionnées, encore que je ne sois point parvenu à le sauver. — Néanmoins, si la maladie avait été peu grave, et qu'elle n'eût donné lieu qu'à des dépenses légères, on décide que l'emprunteur n'aurait droit à aucune indemnité. (*voy.* nos observations sur l'article 1886.)

La restitution volontaire de la chose, n'emporte contre l'emprunteur aucune fin de non-recevoir : renoncer à la garantie de la créance, ce n'est pas renoncer à la créance elle-même. (Pothier, n. 82.)

Le prêteur ne pourrait abandonner la chose pour se soustraire au remboursement des impenses nécessaires : débiteur d'une somme d'argent, il doit en payer le montant.

Le prêteur ne cesse pas d'être propriétaire; il peut seul faire des changements ou améliorations, suivant sa convenance particulière : ce droit est refusé à l'emprunteur.

Un privilége sur le prix de la chose est accordé à l'emprunteur par l'art. 2102, n. 3, pour sûreté du remboursement des impenses qu'il a faites. — Il a même, selon nous, le droit de rétention. (*Voy.* nos observations sur les art. 1885, 2095 et 2102.)

1891 — Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur.

= L'action à laquelle cet article soumet le prêteur, naît plutôt du dol que de la nature du contrat : dès lors, si les vices étaient notoires, ou si le prêteur avait agi de bonne foi, dans l'ignorance du vice de sa chose, il ne serait soumis à aucuns dommages-intérêts (Arg. de l'art. 1642).

Pourquoi l'emprunteur est-il seulement tenu des vices qui étaient à sa connaissance, tandis que le vendeur et le bailleur sont tenus même de ceux qui leur étaient inconnus? Parce que le prêteur est assimilé au donateur : or, il est de principe que la garantie n'a pas lieu contre le donateur.

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION, OU SIMPLE PRÊT.

SECTION Ire.

DE LA NATURE DU PRÊT DE CONSOMMATION.

Le prêt de consommation (*mutuum*), est un contrat, soit de bienfaisance, soit à titre onéreux, suivant qu'il y a ou non des intérêts stipulés : La *gratuité* tient à sa nature ; mais elle n'est pas de son

essence : on peut stipuler des intérêts pour un prêt, soit d'argent, soit de denrées ou autres choses pourvu qu'elles soient fongibles.

Le prêt de consommation diffère du quasi-usufruit sous plusieurs rapports :

1° L'emprunteur transmet son droit à ses héritiers : — les droits du quasi-usufruitier ne sont pas héréditairement transmissibles : ils s'éteignent par la mort de l'ayant-droit, lors même qu'elle survient avant le terme fixé pour la restitution ; car en matière d'usufruit, il faut se le rappeler, le terme est déterminé, non pour étendre, mais pour restreindre la durée de ce droit (*voy.* p. 772, t. 2).

2° Le prêt de consommation se forme toujours par contrat. — Le quasi-usufruit peut résulter soit d'un contrat, soit d'un legs.

3° L'emprunteur est dispensé de donner caution. — Le quasi-usufruitier doit fournir cette garantie ; sauf stipulation qui l'en dispense.

Le prêt de consommation suppose un usage qui doit détruire les choses prêtées ; l'emprunteur en acquiert la propriété ; il est seulement tenu de rendre des choses de même espèce, en même quantité et de même qualité ; il n'est pas libéré si ces choses périssent par cas fortuit ; car *genera non pereunt ;* enfin, il ne peut exiger la restitution des choses prêtées, même en justifiant d'un besoin pressant et imprévu.

Sous ces divers rapports, le prêt de consommation diffère essentiellement du commodat : rappelons-nous, en effet, que ce dernier contrat est essentiellement gratuit ; qu'il suppose un usage qui laisse subsister la chose prêtée ; que le prêteur conserve la propriété de cette chose ; que l'emprunteur doit la rendre identiquement ; enfin, que le prêteur peut exiger la restitution de la chose avant le terme convenu, en justifiant d'un besoin pressant et imprévu.

Le prêteur a une action personnelle contre l'emprunteur et ses héritiers ou successeurs universels, pour obtenir des choses semblables à celles qu'il a prêtées, en égale quantité et qualité, et de plus, des dommages-intérêts suivant les cas. — Cette action était appelée en droit romain : *condictio ex mutuo.*

Ce chapitre est divisé, comme le précédent, en trois sections : dans la première, la loi détermine le caractère du prêt de consommation ; la deuxième est relative aux obligations du prêteur, et la troisième, à celles de l'emprunteur.

1892 — Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage (1), à la

(1) Cette définition est vicieuse, en ce qu'elle indique comme exclusivement susceptibles du prêt de consommation, les choses qui se consomment par l'usage : la définition suivante eût été plus exacte : « Le prêt de consommation, est un contrat par lequel une partie s'oblige à rendre des choses de même espèce, de même qualité, et en même nombre que celles qui lui sont

charge par cette dernière, de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

= Quatre conditions sont de l'essence du prêt de consommation ; il faut :

1° Qu'une certaine quantité de choses soit livrée : mais s'ensuit-il que le prêt de consommation soit un contrat *réel ;* c'est-à-dire, que la tradition soit une condition essentielle de son existence? distinguons : lorsqu'il a pour objet des choses déterminées seulement par leur espèce, par ex., une somme de 1,000 fr. ; vingt hectolitres de blé, le prêt ne se réalise, comme le commodat, que par la remise de la chose : en conséquence, le contrat est réel; jusqu'alors, l'emprunteur n'a qu'une action personnelle résultant de la convention de prêter, pour contraindre le prêteur à tenir sa promesse ou à payer des dommages-intérêts (1).

Mais lorsque la chose est individuellement déterminée; par ex., si je prête une pièce de vin qui se trouve dans ma cave, l'emprunteur devient propriétaire par le seul effet du contrat (*Voy.* art. 711, 1138, 1583).

Sous ce dernier rapport, le prêt de consommation diffère du commodat : cette différence s'explique par la nature même de l'un et l'autre contrat : Nous avons vu, en effet, que le commodataire n'acquiert pas la propriété ; mais seulement le droit d'user de la chose.

2° Que la propriété de ces choses soit transférée à l'emprunteur (1893) : il ne suffit donc pas que la tradition ait eu lieu : cette transmission de propriété forme le caractère distinctif du prêt de consommation; c'est de là, que lui vient le nom de *mutuum : appellata est mutui datio, ab eo quod de me tuum fit.* — Dans le commodat, au contraire, la propriété reste au prêteur.

Puisque le prêteur doit rendre l'emprunteur propriétaire, il faut nécessairement que la chose prêtée lui appartienne, et qu'il soit capable d'aliéner. — Toutefois, la maxime en *fait de meubles,* etc., consacrée par notre Droit français (art. 2279), doit faire décider, que si la chose a été donnée à titre de prêt de consommation, même par un autre que le propriétaire, l'obligation de rendre l'équivalent se contracte immédiatement après la tradition, pourvu que l'emprunteur ait reçu cette chose de bonne foi, et qu'elle n'ait été ni perdue, ni volée : il n'est pas nécessaire que la consommation ait eu lieu, comme semble l'exiger l'article 1238.

En droit rigoureux, on est même fondé à soutenir, que dans

livrées, soit gratuitement, soit moyennant une redevance, pour en faire un usage qui les consomme. » (Duvergier.) — Il faut supprimer de la définition que nous donne l'article 1892, les mots : *qui se consomment par l'usage.*

(1) Pothier, n. 3. Troplong, n. 183 et suiv. Duvergier, n. 144.

aucun cas, l'emprunteur ne peut être tenu de l'action de prêt envers d'autres que le prêteur (*voyez* p. 399).

3° Que les choses prêtées soient fongibles (1) : toutes celles qui sont susceptibles de se consommer par l'usage peuvent être l'objet de ce prêt; qu'elles se consomment naturellement, comme le blé, le vin, l'huile ; fictivement, comme du numéraire, du papier qu'on emploie pour écrire ou pour imprimer; ou par le changement de forme, comme le fer, le plomb, le drap, la toile, etc.

Mais il ne faut pas croire que ce soient les seules : les choses mêmes qui ne sont pas susceptibles de se consommer, mais qui, dans l'intention des parties, doivent être remplacées par d'autres, peuvent également devenir l'objet du *mutuum*.

Vice versâ : les choses qui se consomment, deviennent l'objet du prêt à usage, lorsqu'elles sont prêtées seulement pour la montre, *ad ostentationem,* pour être rendues *in individuo.*

On peut aussi prêter des animaux, en les considérant, non comme individus, mais comme quantité, et à raison de l'espèce (1894).

4° Que l'emprunteur s'oblige à rendre une *égale quantité* de choses, *de même espèce et qualité :* Ainsi, le prêteur ne peut exiger de l'argent; mais des choses semblables à celles qu'il a prêtées, en même quantité et qualité : ce n'est pas une somme d'argent qui a été prêtée ; — De son côté, l'emprunteur peut se libérer, en offrant des choses semblables à celles qu'il a reçues ; quand même elles auraient diminué de valeur depuis le prêt : On s'attache uniquement aux choses.

Nous disons *une égale quantité :* s'il devait rendre plus, ce serait un prêt à intérêt ; s'il devait rendre moins, il y aurait donation : Le contrat n'aurait le caractère de prêt, que jusqu'à concurrence de la somme ou de la quantité que l'emprunteur se serait obligé à rendre. — *De même espèce et qualité :* autrement, ce serait ou un échange ou une vente, suivant que l'obligation de restituer aurait pour objet une autre chose ou une somme d'argent.

Appliquez au *mutuum,* toutes les règles que nous avons exposées en matière de commodat sur la capacité des parties (art. 1875).

— Suivant les principes généraux, le prêt ne se forme que par le concours des volontés ; mais : *quid* si l'un des contractants livre à titre de donation, une chose qui, dans la pensée de l'autre, lui est seulement prêtée : le contrat vaut-il comme prêt ? ~~ (Pothier, n° 17) distingue : Si celui qui a reçu la chose, l'a consommée avant que celui qui l'a livrée en vue de faire une donation ait changé de volonté, l'acte est valable comme donation : mais tant que les choses sont entières, ce dernier peut répéter ce qu'il a livré, par l'action *conditio sine causâ.* ~~ La distinction faite par Pothier ne peut être admise sous le Code : peu importe que les choses aient été consommées : cette circonstance ne peut être prise en considération, quand il s'agit de changer la nature du contrat que les parties ont

(1) Ces choses sont nommées fongibles, du mot latin *fungibiles,* parce que *earum natura est ut aliæ ejusdem generis rerum vice fungantur.*

entendu former : en définitive, dit avec raison Troplong, celui qui a donné a voulu transférer la propriété ; celui qui a reçu à titre de prêt, a aussi entendu devenir propriétaire ; les deux volontés se sont donc trouvées d'accord sur ce point : Si l'acte n'est pas valable comme donation, il suffit pour constituer un prêt ; car cet acte bien moins grave qu'une donation, n'est soumis à aucune forme solennelle (1).

1893 — Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive.

= La propriété des choses prêtées doit être tranférée à l'emprunteur : ces choses passent à ses risques, à partir de la livraison.

Du principe que la propriété est transférée, il résulte :

1° Que le contrat ne peut se former, si le prêteur n'est pas propriétaire, ou s'il n'a pas reçu du propriétaire les pouvoirs nécessaires à l'effet de prêter : *in mutuâ datione, oportet dominum esse dantem.* — Toutefois, la nullité ne peut être invoquée que par le véritable propriétaire : le prêteur n'est point admis à demander la restitution avant l'époque fixée par le contrat ; le prêt est valable à son égard.

L'action du propriétaire sera souvent impuissante ; plusieurs cas peuvent en effet se présenter :

Les choses existent encore en nature entre les mains de l'emprunteur, ou elles ont été consommées:

Au 1er cas, il faut admettre une sous-distinction :

Si l'emprunteur a été de bonne foi au moment du prêt, la maxime : *en fait de meubles possession vaut titre* (2279), derrière laquelle il ne manquera pas de se retrancher, le garantira de la revendication. — Un seul cas est excepté : celui où les choses auraient été perdues ou volées : Le propriétaire conserverait alors le droit d'exiger la restitution (*voyez* art. 2279 et 2280) (2).

Si l'emprunteur a été de mauvaise foi, il sera condamné à restituer, sans pouvoir invoquer le bénéfice du terme.

Au 2e cas, il faut encore distinguer : Si l'emprunteur a consommé les choses de bonne foi (1238), le contrat produit son effet, lors même qu'elles ont été perdues ou volées.

Si l'emprunteur a été de mauvaise foi au moment où il a *consommé* les choses prêtées, on distingue : lorsque ces choses ont été perdues ou volées, il est déchu du bénéfice du terme : peu importerait même qu'il eût été de bonne foi à l'époque du prêt : *dolo desiit possidere.* — Hors ces cas exceptionnels, l'emprunteur peut se prévaloir de sa bonne foi au moment du contrat, contre l'action du propriétaire, quand même il aurait consommé ces choses sachant qu'elles n'appartenaient pas au prêteur : le proprié-

(1) Duvergier, n. 139 et suiv. Troplong, n. 195. *Voy.* cep. Dur. n. 570 : cet auteur semble partager l'opinion de Pothier.

(2) Dur. n. 566. Troplong, n. 187.

taire ne pourrait les revendiquer si elles existaient en nature (2279); Comment pourrait-il en exiger immédiatement le prix (1)?

Dans les divers cas où le prêt, quoique fait *à non domino*, produit ses effets, l'action personnelle appartient exclusivement au prêteur : le propriétaire n'a point d'action directe contre l'emprunteur; il ne peut agir qu'en vertu de l'article 1166, comme exerçant les droits et actions du prêteur, devenu son débiteur, et par conséquent dans les termes du contrat.

Duranton (n. 565) enseigne que le propriétaire est saisi du droit d'actionner l'emprunteur exclusivement et par préférence à tous autres créanciers du prêteur ; il se fonde sur la disposition finale de l'art. 1303:mais cette règle ne peut s'appliquer en matière de prêt ; car elle suppose que la chose a péri. qu'elle est mise hors de commerce, ou qu'elle a été perdue, hypothèses qui ne se présentent pas dans notre espèce. D'ailleurs, aucun texte ne porte que l'action de celui qui a prêté la chose d'autrui, doit profiter exclusivement au propriétaire de cette chose.

Il faut donc appliquer la règle générale de l'art. 1166 (2): on ne voit pas de raison pour traiter le propriétaire mieux que tout autre créancier; c'est au prêteur, nous le répétons, que l'action née du prêt appartient.

Si le prêt a été fait au nom du propriétaire, par un individu qui n'avait point mandat à cet effet, la ratification efface le vice originaire du contrat; *ratificatio mandato comparatur* : le propriétaire est censé avoir fait lui-même le prêt (1338). — Si le propriétaire ne ratifie pas, le prêt est réputé fait par celui qui a prêté, pour son propre compte: c'est envers lui, dès lors, que l'emprunteur contracte l'obligation de restituer (3).

2° Que le prêteur doit être capable de contracter et d'aliéner : ainsi, le prêt est nul s'il est fait par un mineur non émancipé, par un interdit, ou par une femme mariée non autorisée de son mari ou de justice lorsqu'elle n'a pas l'administration de ses biens : en conséquence, l'emprunteur doit restituer sur les premières poursuites, sans pouvoir exciper des délais fixés par le contrat pour le remboursement (*voyez* art. 1875).

Le mineur émancipé et l'individu soumis à un conseil judiciaire, peuvent prêter les choses dont ils pourraient disposer : au delà de cette limite, le prêt n'est pas valable: par conséquent, les choses livrées peuvent être revendiquées contre celui qui les a reçues, tant qu'elles existent entre ses mains. —Si elles ont passé entre les

(1) Duvergier, n. 157.

(2) Pothier, n. 34. Duvergier, n. 158 et suiv.

(3) Pothier, n. 32 et 33. Suivant Duvergier, n. 185. il n'y a point de prêt. Mais ne serait-ce point tromper l'attente de l'emprunteur ? Ne peut-on pas dire que le prêteur s'est implicitement porté fort ? Comment admettre qu'il ait fait pour autrui ce qu'il n'aurait pas fait pour lui-même ?

mains d'un tiers, ce tiers est protégé par la maxime de l'art. 2279 : en fait de meubles, etc. Il ne reste alors au prêteur, qu'une action personnelle en dommages-intérêts contre l'emprunteur. Ce dernier ne pourrait se prévaloir du bénéfice du terme qui lui aurait été accordé, même en alléguant sa bonne foi ; car il s'enrichirait ainsi aux dépens de l'incapable.

La femme séparée de biens, a évidemment le droit de prêter son mobilier, puisqu'elle peut, aux termes de l'article 1449, en disposer et l'aliéner (Duvergier, n. 161).

Ne perdons pas de vue, que les règles destinées à protéger les incapables ne peuvent en aucun cas leur être opposées (1125) : si les choses prêtées ont péri par cas fortuit entre les mains de l'emprunteur, celui-ci ne sera donc pas fondé à soutenir que le prêt étant nul, la perte doit retomber sur l'incapable, conformément à la maxime *res perit domino* : il ne devra pas moins tenir compte du prix.

La nullité pourrait-elle être demandée au nom de l'incapable, lors même que la chose aurait cessé d'exister entre les mains de l'emprunteur, encore que ce dernier l'eût consommée de bonne foi ? — Sans doute, la revendication sera devenue impossible ; mais les parties ne se trouveront point nécessairement placées pour cela dans la position où elles seraient par suite d'un prêt valable : ainsi, l'emprunteur ne jouira pas du bénéfice du terme ; il devra restituer immédiatement (Troplong, n. 188) (1).

Que déciderons-nous à l'égard du prêt fait à un incapable ? Le prêt fait à un mineur en tutelle, à un interdit ou à une femme mariée non autorisée de son mari ou de justice est nul. — A la vérité, ces personnes sont tenues de restituer, jusqu'à concurrence de ce dont elles ont profité : mais, dit Pothier (n. 21), cette obligation ne naît pas du prêt qui leur a été fait ; elle naît du principe d'équité qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Le prêt fait à un mineur émancipé ou à un individu soumis à un conseil judiciaire, est valable sous les distinctions que nous avons établies pour le cas où c'est lui qui a prêté (*voyez* art. 1875 ; *voyez* aussi notre t. 2, p. 508 et suiv., art. 483 et 484).

La simple déclaration de majorité, faite par le mineur ne serait point un obstacle à sa restitution (1307) (2).

On peut valablement stipuler, que les choses qui se trouvent entre les mains d'un mandataire ou d'un dépositaire, lui seront

(1) Pothier, n. 7 et 21, et d'après lui Dur., t. 17, n. 567, enseignent que si la chose a été consommée de bonne foi par l'emprunteur qui ignorait la minorité, le prêt a été validé par la consommation : ils se fondent sur la loi 19, § 1, ff. de reb. cred., et sur le § 2, *Inst. quib. alien. non licet*; mais Troplong, n. 203, fait remarquer avec raison que ces lois se bornent à qualifier l'action du mineur ; qu'elles ne disent pas que le vice sera purgé : comment, en effet, cette consommation pourrait-elle changer l'état des choses, et imposer à l'incapable un engagement qui ne peut résulter que d'un contrat valable (*Voy.* dans le même sens, Duvergier, n. 155).

(2) Duvergier, n. 163. Toullier, t. 7, n. 589.

acquises à titre de prêt, si tel événement arrive ou s'il juge convenable de les employer à ses besoins : les obligations qui dérivent du prêt ne commencent alors, pour l'une et l'autre partie, qu'à partir de l'emploi ou de la réalisation de la condition (1).

Quid, dans l'espèce suivante : voulant prêter de l'argent à une personne, je livre à cette personne un objet pour le vendre et en garder le prix ? Nous déciderons, par suite des mêmes règles, que le prêt n'existera qu'à partir de la vente (2).

1894 — On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation, des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent de l'individu, comme les animaux : alors c'est un prêt à usage.

= Pour reconnaître si une chose est fongible, il faut moins considérer sa nature propre, que la destination qu'elle doit recevoir dans l'intention des parties :

On peut prêter des animaux, en les considérant, non comme individus, mais comme quantité et à raison de l'espèce ; la faculté de consommer et de détruire, étant le principal caractère du prêt de consommation. — Lorsque ce sont les *mêmes individus* qui doivent être rendus, parce que telle a été l'intention des parties, le contrat n'est plus un prêt de consommation ; mais un prêt à usage.

Par ex. : si je prête mes bœufs à Pierre pour labourer son champ, je fais un prêt à usage, puisqu'il devra me rendre ces animaux *in individuo :* mais s'il prend l'engagement de me restituer d'autres bœufs de même poids et qualité, le contrat qui intervient est un prêt de consommation.

De ce que la loi cite les animaux, comme exemple de choses qui diffèrent de l'individu, ne concluons donc pas que les animaux soient nécessairement non fongibles : il faut seulement induire de l'art. 1894, que si des animaux sont donnés à titre de prêt, on présumera facilement que les parties ont voulu faire un prêt à usage plutôt qu'un prêt de consommation.

Vous me prêtez un livre, sous la condition que je vous le remettrai dans tant de jours : voilà un prêt à usage. — Un libraire à qui l'on demande quelques exemplaires d'un ouvrage qu'il n'a pas dans son magasin, emprunte ces exemplaires à son confrère, en s'obligeant à lui en remettre un pareil nombre : cette convention est un prêt de consommation.

1895 — L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est

(1) Dur. n. 560. Duvergier, n. 187 et suiv.
(2) Duvergier, n. 189.

toujours que de la somme numérique énoncée au contrat.

S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

= L'art. 1895 tranche une controverse qui s'était élevée sous notre ancienne jurisprudence : quelques auteurs prétendaient, qu'en matière de prêt, la monnaie devait être considérée, non suivant sa valeur au temps du remboursement ; mais suivant celle qu'elle avait au temps du prêt. — Le Code rejette avec raison cette doctrine: dans la monnaie, on a principalement égard, telle est du moins la règle générale, à la valeur que les pièces représentent : l'emprunteur doit donc rembourser la somme numérique qu'il a reçue, quelque variation que les espèces aient pu éprouver : en d'autres termes, ce n'est pas le cours commercial, mais le cours légal des monnaies qui règle le montant du paiement à effectuer (1).

Ex. : je vous prête une pièce d'or qui vaut vingt francs; depuis ce prêt, une loi a porté à vingt-cinq francs la valeur de ces sortes de pièces : vous ne serez pas tenu de me restituer une semblable pièce, mais seulement vingt francs.

Le remboursement peut être fait, même en espèces d'une autre nature, pourvu qu'elles aient cours ; à moins que le contraire n'ait été formellement convenu. — Par ex., on peut valablement stipuler que le prêt fait en espèces d'or, sera remboursé en pièces de même nature : cette stipulation ne porterait pas atteinte au principe que chacun doit recevoir, pour la valeur qu'elles représentent, des pièces de monnaie ayant cours ; elle ne mettrait point obstacle à l'application de l'art. 1895, s'il survenait dans la monnaie une augmentation ou une diminution de valeur.

Toutefois, s'il arrive que l'emprunteur ait été mis en demeure de rendre la somme, et que les espèces aient augmenté de valeur depuis cette époque, le prêteur peut exiger des dommages-intérêts pour la perte résultant de ce retard (2).

— *Quid*, si l'on a prêté un certain nombre de pièces de monnaie d'une certaine espèce ; par ex., tant de pièces de cinq francs, en stipulant que l'emprunteur rendra un même nombre de pièces de la même espèce, du même poids et de même aloi, alors même que le souverain viendrait par la suite à changer leur valeur actuelle ; qu'en cas de diminution de valeur, l'emprunteur y suppléera, et qu'il sera indemnisé, dans l'hypothèse contraire : cette convention doit-elle être observée ? —

(1) Voyez sur ce point Duvergier, n. 169 et suiv. Delv. t. 3, p. 411, note, et Dur. p. 631, note. Troplong, n. 229.

(2) Dur., n. 575. Cass., 3 juin 1859. D. p. 59, 1, 201.

Lorsqu'un certain nombre de pièces a été prêté *non tanquam summa, sed tanquam corpora*, cette stipulation doit recevoir son effet, dit Dur. (n. 93 et 577); car les parties ont évidemment envisagé les pièces de monnaie comme des lingots. — Mais on répond, que la monnaie étant un signe représentatif de la valeur de tous les biens appréciables, on ne peut obliger l'emprunteur à restituer autre chose que cette valeur : — toute convention contraire serait d'ailleurs repoussée par le droit public; car ce serait autoriser le prêteur à refuser la monnaie pour sa valeur légale (1).

Quid cependant, s'il résulte des circonstances, qu'indépendamment de leur valeur, ces pièces ont une utilité particulière pour le prêteur? — La stipulation doit recevoir son effet (Duvergier, n. 178).

1896 — La règle portée en l'article précédent n'a pas lieu, si le prêt a été fait en lingots.

= Dans le cas prévu par notre article, ce n'est plus une valeur de convention; mais une certaine quantité de matière, soit d'or, soit d'argent, qui a été prêtée : l'emprunteur doit donc rendre une égale quantité de matière de même qualité.

1897 — Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR (2).

Dans le prêt de consommation, les obligations du prêteur sont du même genre que celles que contracte le prêteur à usage; elles reposent sur les mêmes principes d'équité.

(1) Pothier, n. 37. Duvergier, n. 177. Troplong, n. 240. Merlin, Rép., v. Prêt, n. 7. Bruxelles, 27 novembre 1809.

(2) La rubrique de cette section est critiquée par Dur. (n. 581). «Au nombre des obligations du prêteur, la loi, dit-il, met l'absence du droit pour lui, de pouvoir redemander les choses prêtées avant le terme convenu ; cependant, on ne peut dire que l'absence d'un droit constitue une obligation. Le contrat de prêt ne soumet directement le prêteur à aucune obligation principale, puisqu'il est unilatéral : l'emprunteur n'a point d'action contre lui.» — Nous répondons, que l'existence d'une obligation ne dépend nullement des moyens à l'aide desquels on peut être contraint à la remplir. «D'ailleurs, dit avec raison Duvergier (n. 197), le prêteur n'est pas seulement tenu d'attendre, pour réclamer sa chose l'expiration du terme fixé ; il doit, en outre, avertir l'emprunteur des défauts que cette chose peut avoir : c'est là une obligation véritable; car s'il manque à donner l'avertissement et si les défauts de la chose, causent quelque préjudice à l'emprunteur, celui-ci aura une action pour la faire réparer.» — On objectera sans doute, que cette obligation ne dérive pas de la nature du prêt; mais de la bonne foi qui doit régner dans tous les contrats ; cela peut être ; mais les contrats, indépendamment des dispositions particulières qui les régissent, sont soumis à des principes généraux ; le prêteur n'est pas moins obligé, quelle que soit la source de ses obligations ; donc la section pouvait être intitulée : *Des obligations du prêteur*. — Nous reconnaissons du reste, que cette locution : *Obligations du prêteur*, est vague et inexacte ; mais la langue ne présente pas d'autre expression pour déterminer la position du prêteur vis-à-vis de l'emprunteur.

1898 — Dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsabilité établie par l'article 1891 pour le prêt à usage.

=Ainsi, la bonne foi qui doit régner dans tous les contrats, oblige le prêteur à ne point tromper l'emprunteur, en cachant les vices que peut avoir la chose prêtée. Sa position est la même que dans le commodat.

1899 — Le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées, avant le terme convenu.

=Dans le prêt à usage, cette faculté a dû être formellement accordée au prêteur, lorsqu'il a un besoin pressant et imprévu de la chose ; car il conserve sa propriété (1889) : dans le prêt de consommation, le prêteur est un simple créancier, qui, ayant accordé terme, ne peut agir avant qu'il soit échu (Dur., n. 581).

Les causes qui privent le débiteur du bénéfice du terme, sont applicables en matière de prêt de consommation, comme en toute obligation qui a une autre cause (1188 (1).

1900 — S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances.

=Lorsqu'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge fixe ce délai eu égard aux ressources de l'emprunteur et à l'intention vraisemblable des parties.

Lors même qu'un terme a été fixé pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur, en vertu de l'art. 1244, des délais modérés pour le paiement, en usant de ce pouvoir avec réserve (Dur. n. 583).—Nous exceptons bien entendu le cas où l'acte porterait que l'emprunteur sera de plein droit constitué en demeure par la seule échéance du terme.

S'il a été dit expressément dans le contrat, que le prêteur pourra exiger la restitution *à sa volonté*, les tribunaux prennent en considération l'intention des parties, le préjudice qu'une restitution immédiate pourra occasionner à l'emprunteur, et l'intérêt que le prêteur peut avoir à exiger cette restitution :

« Le prêteur, dit Pothier (n. 48), est censé avoir accordé tacitement un temps convenable dans lequel l'emprunteur pouvait faire usage de la chose : si ce dernier était obligé de rendre incontinent, mieux aurait valu pour lui que le prêt n'eût pas été fait. Le prêt lui serait onéreux et nuisible, au lieu de lui être avantageux (2).»

(1) Dur., n. 582 Troplong, n. 259.

(2) Troplong, n. 431. Championnière et Rigaud, Enreg., n. 1302. Cass., 24 mars 1818.

A fortiori, doit-on admettre cette solution, lorsqu'il est dit que l'emprunteur restituera *quand il pourra*, ou *quand il en aura les moyens* (*voyez* l'article suivant).

Si la solvabilité de l'emprunteur a notablement diminué depuis le prêt, le juge peut, sur la demande du prêteur, ordonner qu'il sera tenu de donner caution (Dur. n. 583).

L'emprunteur perd le bénéfice du terme, s'il tombe en faillite ou en déconfiture, s'il diminue les sûretés qu'il a données par le contrat, ou s'il ne donne pas celles qu'il a promises (1188).

La restitution doit se faire au lieu convenu.

Que doit-on décider si aucun lieu n'a été déterminé? (*voyez* art. 1902.)

1901 — S'il a été seulement convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances.

= En rapprochant l'article précédent de celui qui nous occupe, on pourrait croire que le premier confère au juge une faculté, et que le deuxième lui impose un devoir : mais il faut moins s'attacher aux termes de la loi qu'à son esprit : nul doute que la décision à rendre dépend des circonstances.

Quid, si la convention porte, que l'emprunteur payera *quand il voudra?* Ces mots sont synonymes de ceux-ci : *quand il pourra :* le prêteur a dû croire, en effet, que l'emprunteur voudra restituer quand il en aura les moyens (1).

Jugé, conformément à ces principes, que l'obligation payable à la volonté du souscripteur, n'est point une constitution de rente ; mais un simple prêt (2).

SECTION III.

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR.

La principale obligation de l'emprunteur, est celle *de restituer* (1892, 1895, 1897). — Cette restitution doit avoir lieu au terme convenu, et s'il n'y a pas eu de convention, à la première réquisition du prêteur; sauf l'application des art. 1900 et 1901.

Les engagements de l'emprunteur ont pour sanction une action personnelle (*condictio ex mutuo*) : cette action est accordée au prêteur et à ses héritiers.

(1) Jugé, que si le débiteur a pris l'engagement de rembourser la dette quand il en aura les moyens, il n'appartient pas au tribunal d'apposer à cet engagement un terme qui a été abandonné à la loyauté de ce débiteur. Bordeaux, 31 mai 1848. D. p. 48, 2, 180.

(2) Toulouse, 20 mars 1835. Dall., n. 192.

1902 — L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu.

= Le Code ne s'expliquant pas positivement sur le lieu où l'emprunteur est tenu de payer, il faut observer les règles suivantes :

Si ce lieu a été désigné, on doit se conformer au contrat. — Dans l'ancien droit, le prêteur ne pouvait stipuler que le débiteur payerait dans un lieu autre que celui où la chose avait été prêtée ; car le prêt devait être purement gratuit : mais aujourd'hui, cette convention ne présenteraitrien d'illicite, puisque nos lois modernes admettent le prêt à intérêt (1905).

Toutefois, les frais de remise, pourraient, suivant les circonstances, être considérés comme un intérêt, qui ne deviendrait licite, qu'autant qu'il n'excèderait pas le taux légal.

A défaut de convention sur le lieu où la restitution doit se faire, il faut distinguer : lorsque le prêt est d'une somme d'argent, la disposition de l'art. 1247 devient applicable ; car les parties, en gardant le silence, sont présumées avoir voulu s'y référer : ainsi, le paiement doit se faire au domicile de l'emprunteur. — Mais s'il a pour objet des choses fongibles d'une autre nature, par ex., une pièce de vin, dix hectolitres de blé, l'emprunteur est tenu de restituer au lieu où le contrat s'est formé : « Si celui à qui on a prêté dans un certain lieu une certaine quantité de choses fongibles, dit Pothier, (n. 46), était obligé de rendre une pareille quantité dans un autre lieu que celui où le prêt a été fait, quand même cet autre lieu serait celui de son domicile, il rendrait plus que ce qu'on lui a prêté, si ces choses étaient d'une plus grande valeur que dans le lieu où le prêt lui a été fait, ce qui est contraire au caractère essentiel du prêt, qui ne permet pas qu'on exige du débiteur plus qu'il n'a reçu (1). »

Le paiement doit être fait au terme fixé : si le contrat n'indique pas de terme, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai, suivant les circonstances. — Appliquez les règles que nous avons établies sous l'art. 1900.

Toutefois, les choses qui font l'objet d'un prêt de consommation ne sont plus restituables en même quantité et qualité après le terme fixé par la convention, si la valeur qu'elles avaient lors de l'échéance du terme a subi une diminution : l'emprunteur doit supporter cette perte ; il y a lieu au remboursement de la valeur des choses prêtées,

(1) Troplong, n. 276 et suiv. Dur., n. 585 et 586.—Duvergier, n. 210, pense que la restitution doit se faire au domicile du débiteur, lors même que le prêt a eu pour objet toute autre chose qu'une somme d'argent, sauf convention contraire ; convention qui peut résulter tacitement de la nature de l'engagement, des choses qui en sont l'objet, ou autres circonstances abandonnées à l'appréciation du juge. Voy. dans le même sens Toullier t. 6, n. 93. Merlin Rép., v° Prêt § 2, n. 12.

eu égard au temps et au lieu où elles devaient être rendues d'après la convention (1).

Si le terme a été fixé dans l'intérêt de l'emprunteur, ce qui arrive presque toujours en matière de prêt de consommation, l'emprunteur peut payer avant l'échéance (2).

— Les anciens auteurs étaient divisés sur la question suivante : Pierre vient emprunter à Paul une somme d'argent ; ce dernier n'ayant pas cette somme, remet à l'emprunteur un plat d'argent pour le vendre et disposer des fonds à titre de prêt : le plat périt par cas fortuit avant d'être vendu : qui supportera cette perte ? — « C'est dans les règles du prêt, dit Domat (liv. I. tit. 6, sect. 1, n. 11 et 12), d'après Doineau (sur la loi II et sur la loi 4, *de Reb. cred.*) qu'on doit se renfermer : la raison et l'équité obligent à dire, que la chose livrée en vue d'un *mutuum* à intervenir par son moyen est assimilée à la chose prêtée. » — Pothier (Dépôt, n. 92 et suiv.) ne voit dans cette espèce qu'une simple question de responsabilité de faute. — Cette opinion nous paraît devoir être admise : il résulte clairement de l'art. 1929, qu'en aucun cas le dépositaire ne saurait être responsable de la perte arrivée par cas fortuit : or, nous supposons que le contrat de dépôt a précédé le prêt (3).

1903 — S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention.

Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait.

= Le débiteur est tenu de donner ou de faire ce qu'il a promis : les dommages-intérêts ne sont qu'une ressource ouverte au créancier qui ne peut obtenir l'exécution des engagements contractés envers lui.

Appliquant au prêt cette règle générale, il faut reconnaître, que si l'emprunteur a en sa possession des choses de même espèce et qualité que celles qui lui ont été prêtées, le prêteur peut se faire autoriser en justice à les saisir : la loi ne le réduit à se contenter de l'équivalent, qu'autant qu'on ne peut atteindre la réalité (Duvergier, n. 221.)

Notre article règle cette dernière hypothèse ; il distingue : Le temps et le lieu où la chose doit être rendue a été déterminé par la convention, ou les parties n'ont rien fixé à cet égard :

Au premier cas, l'emprunteur est tenu de payer la valeur de la chose eu égard au terme et au lieu où elle devait être rendue d'après la convention. — Par ex. : si j'ai pris l'engagement de vous rendre un tonneau de vin à Orléans, le 31 décembre, on estimera le vin, eu

(1) Cass., 4 janv. 1850. D. p. 1850, 1, 201.
(2) Troplong, n. 272.
(3) Troplong, n. 268. Duvergier, n. 193 et 194.

égard à ce qu'il valait dans ce lieu, au jour convenu pour la restitution.

Au deuxième cas, on considère la valeur que les choses avaient, au moment de l'emprunt, dans le lieu où cet emprunt a été fait (Dur., n. 588) (1).

Pourquoi cette différence ? Lorsque l'époque du paiement n'est pas déterminée par le contrat, on a lieu de craindre, d'une part, que le prêteur ne choisisse, pour exiger la restitution, l'époque où les choses de la nature de celles qui ont été prêtées sont à un prix élevé ; ce qui causerait un dommage considérable à l'emprunteur et rendrait onéreux pour lui un acte de bienfaisance. — D'autre part, que l'emprunteur ne profite, pour se libérer, d'un moment de baisse dans le prix des denrées ; ce qui rendrait le prêteur victime de sa générosité : on évite ces inconvénients, en établissant une règle uniforme.

Notre article, suppose que l'emprunteur se trouve dans l'impossibilité de remettre en nature les choses prêtées : Quel est ici le sens du mot *impossibilité* ? pour que l'emprunteur soit admis à donner de l'argent, est-il nécessaire que l'impossibilité soit absolue et radicale ? L'impossibilité résulterait suffisamment, de ce que l'emprunteur ne pourrait, sans un préjudice considérable, ou sans une difficulté grave et onéreuse, faire un paiement en nature. Le juge prononce eu égard aux circonstances. — Mais il est bien entendu, que l'art. 1903 ne confère pas à l'emprunteur un droit d'option (2).

— Suivant la législation romaine, l'emprunteur qui ne rendait pas de gré à gr les choses prêtées, devait en payer le prix, eu égard à leur valeur au temps de la demande et au lieu où elle était formée : en serait-il de même sous l'empire du Code ? — On considérerait la valeur de la chose, eu égard au temps et au lieu où l'emprunt aurait été fait. Arg. de l'art. 1903, 2e alinéa. (Dur., n° 589 ; Delv., p. 199, n° 3).

1904 — Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice.

= Cette disposition est-elle applicable dans tous les cas, lors même que le prêt a eu pour objet une chose fongible autre qu'une somme d'argent ? Troplong (n° 301) se prononce sans distinction pour l'affirmative : L'emprunteur, dit-il, contracte indirectement l'obligation de payer une somme d'argent, s'il ne rend pas les choses prêtées : or, aux termes de l'art. 1153, les dommages-intérêts consistent, en ce cas, dans l'intérêt légal. — L'intérêt court du jour de la demande en justice.

(1) Dur., n. 588. — Delvincourt, t. 3, p. 411, fait remarquer que cela n'est pas trop désavantageux au prêteur puisqu'il peut, outre le prix, réclamer, aux termes de l'art. 1904, les intérêts, à compter du jour de la demande.

(2) Troplong, n. 281. Zach, t. 3, p. 94, § 395. Dur., n. 590. Duvergier, n. 217. Cass., 3 juin 1850. D., p. 50, 1, 201.

Nous admettons cette solution, lorsque le prêt a eu pour objet des choses fongibles que l'emprunteur s'est trouvé dans l'impossibilité de rendre en nature (1903) : Mais hors ce cas, pourquoi restreindre à l'intérêt légal les dommages-intérêts auxquels le prêteur peut prétendre (1153)? Il semble juste d'appliquer l'art. 1149.

—Notre article prévoit seulement le cas où le prêt contiendrait un terme fixe pour la restitution : Que devrait-on décider, si les parties n'étaient convenues d'aucun terme? ~~ Le juge, usant des pouvoirs discrétionnaires qui lui sont conférés par les art. 1900 et 1901, accorderait un délai à l'emprunteur, eu égard à l'intention présumée des parties et aux circonstances : le jugement qui interviendrait, aurait donc pour seul effet de mettre en évidence ce que la rédaction du contrat laissait dans le doute; de préciser ce qui était dans la pensée des parties : par conséquent, l'emprunteur ne serait en demeure et ne devrait par suite l'intérêt, qu'à partir de l'expiration du terme : ce ne serait pas là un terme de grâce. — Cette décision s'applique *à fortiori*, au cas où le contrat porte que l'emprunteur payera quand il le pourra, ou quand il en aura les moyens (1).

L'emprunteur, assigné par le prêteur en paiement de la somme représentative des choses prêtées, a-t-il le droit d'offrir ces choses pour se dispenser d'en payer le prix ? ~~ Pourquoi se trouve-t-il dans le cas d'être mis en demeure? — Le prêteur a acquis l'option de poursuivre l'exécution de l'obligation principale ou de réclamer des dommages-intérêts (1147). — La demande opère une novation; une conversion des choses prêtées en une obligation de sommes (Dur., n° 591. Duvergier, n° 222).

CHAPITRE III.

DU PRÊT A INTÉRÊT (2).

On nomme *intérêt*, ce que le prêteur exige de l'emprunteur en sus des sommes ou des choses prêtées.

Les intérêts peuvent être dûs en vertu soit de la convention, soit d'une mise en demeure (1153) : dans ce dernier cas, ils prennent le nom d'intérêts *moratoires* (de *mora* retard).

La mise en demeure, quand il s'agit d'une somme d'argent, doit résulter d'une demande judiciaire (1153) : les intérêts ne courent, quelle que soit l'ancienneté du titre, que du jour où cette demande a été formée : Tel est le principe.

En certains cas exceptionnels les intérêts courent soit en vertu d'une simple sommation; (*Voy.* art. 474, 1652 et 1909.)—Soit même de plein droit, (*voyez* art. 1846, 1996, 544, 550, 1378, 455, 474, 1440, 1548, 1570, 856, 1014, 1015, 2001, 2028, décret du 23 octobre, art. 4.)

(1) Dur., n. 590. Duvergier, n. 213. Troplong, n. 303.

(2) Voy. l'historique du prêt à intérêt dans Troplong, n, 391 et suiv. et dans Duvergier, n. 224 et suiv.

Observons, que les associés (1846) et les cautions (2038) jouissent d'une faveur spéciale : non seulement l'intérêt court de plein droit à leur profit ; mais encore, ils peuvent exiger s'il y a lieu, des dommages-intérêts en sus de l'intérêt légal.

Les intérêts conventionnels doivent seuls nous occuper ici.

Le Code envisage le prêt à intérêt sous deux points de vue : 1° comme prêt ordinaire (1905 - 1908) ; 2° comme contrat emportant aliénation d'un capital (1909-1914). — Dans ce dernier cas, il prend le nom de *constitution de rente*.

La loi des Douze Tables, renfermait dans des limites fixes le taux de l'intérêt, et punissait de la peine du quadruple, le prêteur qui les dépasserait : On pense généralement que ce taux était de 12 pour 0/0. — Les stipulations d'intérêts furent ensuite prohibées et autorisées successivement. — Constantin fixa le taux à 12 pour 0/0. — Justinien le restreignit à 4 pour 0/0 pour les personnes illustres, à 8 pour 0/0 pour les commerçants et à 6 pour 0/0 pour toutes autres personnes.

Dans nos pays du droit écrit, on observait, sauf quelques restrictions, cette dernière règle.

Plusieurs ordonnances de nos rois, à l'exemple du droit canon, prohibèrent le prêt à intérêt.

Ces ordonnances formaient le droit commun en pays coutumier : Le prêt, disait-on, est essentiellement gratuit ; c'est un office d'ami ; un acte de bienfaisance : il changerait de nature et deviendrait acte de commerce, s'il était fait moyennant une prestation annuelle. — Toutefois, la règle souffrait exception, lorsqu'il s'agissait de prêts faits en matière commerciale.

L'assemblée constituante changea cet état de choses : par la loi du 12 octobre 1789, elle autorisa le prêt à terme fixe, avec stipulation d'intérêts ; mais en ajoutant, que les prêts devraient être faits au taux déterminé par la loi, et qu'elle n'entendait rien innover aux usages du commerce : le taux de l'intérêt ne se trouva donc restreint qu'en matière civile : en matière de commerce on fut fondé à conclure qu'il fallait, comme par le passé, prendre pour règle le cours des négociations.

Des lois qui parurent plus tard, loin de lever les doutes, les augmentèrent, en déclarant successivement que l'argent était et qu'il n'était pas marchandise (1).

La loi du 28 vendémiaire an IV, régla le taux de l'intérêt ; elle décida que ce taux serait fixé à la Bourse et à haute voix (2).

Survint la loi du 5 thermidor an IV : l'article 1er porte : « A dater « de la présente loi, chaque citoyen sera libre de contracter « comme bon lui semblera ; les obligations qu'il aura souscrites seront

(1) Loi du 11 avril 1793, du 6 floréal an 3, du 2 prairial an 3.

(2) Voir un arrêt remarquable de la cour de Dijon, 21 février an 11.

exécutées dans les termes et valeurs stipulés. »—Bien que cette loi ne paraisse avoir eu d'autre but que celui de lever la prohibition qui existait alors, de stipuler des paiements en numéraire, la Cour de cassation et la plupart des Cours d'appel pensèrent, qu'elle proclamait le principe d'une liberté absolue en fait de stipulations d'intérêts, et l'interprétèrent en ce sens.

Mais bientôt de graves abus surgirent : l'intérêt devint excessif; le scandale de l'usure fut porté à son comble : La société réclamait un prompt remède.

Les auteurs du Code revinrent aux vues sages de l'assemblée constituante : ils autorisèrent en général la stipulation d'intérêts pour simple prêt; toutefois, à raison des circonstances difficiles où se trouvait alors le pays, ils se bornèrent à consacrer une distinction entre l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel, et à faire pressentir une loi qui, plus tard, viendrait limiter le taux de l'intérêt (1907), laissant aux parties, jusqu'alors, la faculté de faire telles stipulations qu'elles jugeraient convenables, pourvu qu'elles résultassent d'un *écrit* (*voyez* nos observations sur l'art. 1907) (1).—Cette loi fut rendue le 3 septembre 1807 (2) : elle défend toute stipulation d'intérêts qui excèderaient 5 0|0 en matière civile, et 6 0|0 en matière commerciale, à moins que le prêteur ne se soumette à des risques extraordinaires (1976, C. civ., et 311, C. de com.). — Ainsi, dès que la limite est franchie, l'usure commence; ce qui excède le taux légal est une perception usuraire.

La loi du 3 septembre 1807, atteint non-seulement les stipulations d'intérêts faites d'une manière ostensible; mais encore toutes celles que l'on aurait cherché à déguiser.

Au surplus, les contrats qui dissimulent des prêts usuraires ne sont pas dépourvus, pour ce fait, de toute efficacité : on réduit seulement l'intérêt au taux légal.

La preuve de l'usure peut être établie par titres, et suivant les cas, soit par témoins, soit par de simples présomptions.

Observons, que la loi de 1807 n'est en vigueur que dans la métropole : En Algérie, l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel ont été limités à 10 0|0 par le chef du pouvoir exécutif (arrêté des 4-24 novembre 1848) (3); aux colonies, le taux de l'intérêt conventionnel

(1) Ainsi les auteurs du Code rendirent à la loi du 3 octobre 1789 son autorité : l'intérêt légal revint à 5 pour 0|0 en matière civile.

(2) La loi de 1807 est critiquée par Duvergier, n. 243 : loin de compléter l'art. 1905, cette loi suivant lui, est en opposition manifeste avec l'intention des auteurs du Code, qui évidemment a été de ne rien établir de fixe à cet égard, le taux de l'intérêt devant être subordonné aux circonstances, à l'activité du commerce et aux convenances sociales,—mais elle a trouvé dans Troplong, n. 351 et suiv., un puissant défenseur.

(3) Voici le texte de cet arrêté : « *Art.* 1er. L'intérêt légal en Algérie en matière *civile* ou *commerciale* sera de 10 pour 0|0 sans retenue. — *Art.* 2. L'intérêt conventionnel ne pourra en aucun cas excéder le taux légal sous les peines portées par les art. 3 et 4 de la loi du 3 septembre 1807 qui seront publiés à la suite du présent arrêté. — *Art.* 3. Il n'est rien innové

varie au gré des contractants, selon l'abondance ou la rareté du numéraire (1).

La loi de 1807 a été suspendue temporairement dans son application, par deux décrets des 15 et 18 janvier 1814, jusqu'au 1er janvier 1815.

En 1836 (*voyez Moniteur* du 10 mars), M. Lherbette proposa de l'abroger ; mais toute tentative échoua : il faut rendre grâce, dit Troplong (nº 354), à M. Dupin aîné, d'avoir combattu comme il l'a fait dans cette occasion, pour les saines idées de justice, de morale et de bon sens.

Nous verrons que, loin de se rapprocher des vues de M. Lherbette, le législateur de 1850 (décret des 19-27 décembre) a cru devoir améliorer la position des emprunteurs et prendre contre l'usure des mesures plus rigoureuses que celles qui résultaient de la loi de 1807 (2).

Quoi qu'il en soit, quelques économistes prétendent aujourd'hui encore, nous ramener au régime du commerce de la monnaie : la question d'abrogation de la loi de 1807 a même été agitée au Conseil d'État :

Nous pensons qu'il serait dangereux, de briser le seul frein qui retienne l'usure; de livrer le commerce à la merci du numéraire : l'élévation du taux de l'intérêt, aurait pour résultat inévitable de faire augmenter le prix de tous les produits, et, par suite, d'aggraver la misère publique. — Pourquoi donc se préoccuper du sort des capitalistes? L'argent est une puissance qu'ils sauront toujours exploiter. — Les banquiers surtout n'ont-ils pas, sans se livrer à des spéculations hasardeuses, des moyens certains de s'enrichir ? On sait qu'ils paient 3 ou 4 0|0, l'argent, qui, au moyen de l'intérêt légal, de l'escompte, du change, des commissions, des droits pour compte courant, de l'agiot, des prétendus ports de lettres, etc., revient aux commerçants, leurs tributaires pour la plupart, à 8, 10 et 12 0|0.—Leur influence déjà trop grande deviendrait, telle est notre conviction, une entrave au développement de l'industrie si on l'étendait encore ; — ajoutons, que dans l'état actuel des choses, l'abrogation de la loi de 1807 entraînerait d'épouvantables désordres : Ce n'est point le fort qui a besoin de protection, c'est le faible.

aux stipulations d'intérêt par contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication du présent arrêté. — *Art.* 4. L'ordonnance du 7 décembre 1835 sur l'intérêt légal et conventionnel en Algérie est abrogée. »

(1) Cass. 7 août 1843. Dev. 1843, 1, 1841. Pal. 1843, 2 593.

(2) L'art. 4 restreint la peine de l'emprisonnement prononcée contre l'usurier, c'est-à-dire contre l'individu reconnu coupable du délit d'habitude d'usure, au cas où à cette circonstance se joint l'escroquerie : Suivant la loi du 19-27 décembre 1850 (D. p. 51, 4, 11), le délit d'usure emporte, indépendamment de l'amende, un emprisonnement de six jours à six mois ; l'escroquerie donne lieu à l'application de l'art. 405 du Code pénal.

La constitution de rentes a ses règles particulières (*voy.* art. 1909-1913).

Les art. 1905-1908 sont relatifs au prêt à intérêt, et les art. 1909-1913 à la rente constituée.

1905 — Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.

= L'argent monnayé est de sa nature une chose stérile; mais il a une valeur de convention : l'intérêt est considéré comme fruit (*usuræ vicem fructuum obtinent*) (1), ou plutôt, comme indemnité des bénéfices que le prêteur aurait pu tirer de ses fonds, s'il en eût conservé l'usage.

Les denrées ou autres choses mobilières qui se consomment également par l'usage, peuvent, comme l'argent, devenir productives d'intérêts, pourvu, bien entendu, qu'elles consistent en nombre, poids ou mesure : ainsi, je puis prêter vingt mesures de blé, sous la condition qu'on m'en rendra vingt et une : — mais en ce cas, le prêt est-il soumis à la loi de 1807 sur le taux de l'intérêt? (*Voyez* art. 1907. Quest.)

1906 — L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital.

= Ce payement spontané, fait supposer, ou que la convention d'intérêts a été postérieure au contrat, ou que l'emprunteur, cédant à un sentiment de justice, a voulu remplir une sorte d'obligation naturelle : or, la répétition n'est pas admise à l'égard de ces sortes d'obligations, lorsqu'elles ont été volontairement acquittées (1235).

Si l'emprunteur paye par erreur des intérêts qui ne sont pas dus ; par ex., si un héritier, croyant à tort qu'une somme due par son auteur était productive d'intérêts, a livré quelque chose à titre d'intérêts, il peut en exiger la restitution. — S'il a payé, dans l'ignorance de la loi, des intérêts supérieurs au taux légal, il a droit au remboursement de l'excédant (*voyez* art. 1907).

1907 — L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas.

Le taux de l'intérêt conventionnnel doit être fixé par écrit.

(1) L. 34, ff. *de usuris*, Troplong, n. 309.

= Cet article distingue deux sortes d'intérêts : l'*intérêt légal* et l'*intérêt conventionnel :* il maintient les règlements sur l'intérêt légal, qui étaient en vigueur à l'époque où il a été publié; mais il abandonne le taux de l'intérêt conventionnel à la volonté des parties, en faisant toutefois pressentir, que des lois restrictives pourront être ultérieurement portées.

En attendant ces lois, afin de contenir la rapacité des usuriers par le frein de la publicité; peut-être aussi en vue de prévenir toutes difficultés sur l'appréciation des droits stipulés par le prêteur, (car le prêt de consommation est gratuit de sa nature), il établit comme correctif nécessaire, que l'intérêt conventionnel devra être fixé *par écrit :*

Ainsi, l'obligation de payer des intérêts ne se présume pas (1); à défaut de stipulations formelles, la règle générale conserve son empire : les intérêts ne courent que du jour de la demande (1153).

La loi ne distingue point, sous ce rapport, entre l'intérêt civil et l'intérêt commercial (2) : Néanmoins, l'usage (consacré par la jurisprudence) admet en matière de commerce, des modifications à cette règle; notamment, quand il s'agit de comptes courants, de crédits ouverts chez un banquier, même à un particulier non commerçant (3) ou d'un effet de commerce protesté (4).

Quelques auteurs (5) pensent que l'écriture est de l'essence de la stipulation d'intérêts : « Il n'y a pas même lieu, dit notamment Duranton (t. 17, n. 598), à déférer le serment ni à faire interroger le débiteur sur le fait de cette promesse d'intérêt : On peut considérer la promesse non rédigée par écrit, comme en droit romain, on considérait la promesse d'intérêts qui, dans un contrat de prêt, n'était point faite en la forme de la stipulation, mais du simple pacte, promesse qui ne produisait aucune action. »

Mais c'est là s'attachertrop littéralement aux termes du texte :

D'une part, le Code s'est écarté des règles de la loi romaine sur les formules; d'autre part, l'art. 1907 ne prononce pas de nullité : Evidemment, le seul but du législateur, en exigeant un écrit, a été de proscrire la preuve testimoniale en matière de prêt à intérêt : Il est en défiance, ainsi qu'il résulte du texte même de l'art. 1341, contre ce genre de preuve : pourquoi refuserait-on au prêteur la ressource du serment (1358 et 1360), et celle de l'interrogatoire sur

(1) Cass. 22 juin 1853. D. p. 53, 1, 211.

(2) Angers, 29 mai 1807, Colmar, 12 juillet 1824.—La Cour de Rennes a jugé par arrêt du 19 avril 1811, qu'une stipulation d'intérêts ne pouvait être prouvée par témoins, ni par les livres et registres du créancier, même en matière commerciale.

(3) Merlin, Rép. v° Compte courant. Pardessus, n. 275. Rolland, v° Compte courant, n. 8. Zach. t. 2, p. 317. Bordeaux, 4 juillet 1832. Dev. 1833, 2, 35. Cass. 11 janvier 1841. Dev., 1841, 1, 636, P. 1841, 2, 141. Orléans, 22 août 1840. Dev. 1840, 2, 433. Pal. 1840, 2, 543.

(4) Cass. 6 novembre 1832. Dev. 1832, 1, 824. Cass. 8 mars 1853. D. P. 1854, 1, 336. 19 mars 1851. D. P. 51, 1, 290.

(5) Dur. t. 17, n. 598, et Delv. t. 3, p. 641.

faits et articles (324 pr.)? Ce sont là des moyens de preuve auxquels les parties peuvent recourir de droit commun, dans les cas mêmes où elle ne sont point admises à demander une enquête : L'article 1907 n'a rien de plus restrictif que les art. 1341 et 2044 (1).

Du reste, on reconnaît généralement, que les exceptions déterminées par l'art. 1348, s'appliquent au prêt à intérêt comme à tout autre contrat.

Nous disons que le prêteur doit manifester formellement l'intention d'exiger des intérêts : dans le doute, le juge prononcerait en faveur du débiteur (1162).

Jugé, conformément à ce principe, que si un acte qui accorde au débiteur un terme pour payer, contient cette clause : *sans intérêts pendant ce temps*, les intérêts ne courent pas de plein droit à l'échéance (2).

Que nonobstant l'obligation contractée de payer des intérêts, *depuis le jour où le prêt a été fait, jusqu'à un terme fixé pour l'exigibilité de la créance*, les intérêts ne courent que du jour de la demande (1315) (3).—Mais certes, la décision eût été différente, si l'acte eût porté stipulation d'intérêts : *jusqu'au jour du payement* (4).

Que, si un débiteur promet de rembourser une somme en un certain nombre d'années : deux ans, par ex., avec l'intérêt à la fin de chaque année, une demande judiciaire est également indispensable pour faire courir les intérêts à partir de l'expiration du terme fixé pour l'exigibilité de la créance (5).

Ces diverses décisions ne tranchent point des questions de droit; nous les rapportons comme exemples, uniquement pour faire comprendre, que les règles établies sur le prêt à intérêt sont de droit rigoureux; que la présomption, quelque grave qu'elle puisse être, ne peut en cette matière suppléer la convention ; que le prêteur ne saurait manifester trop clairement sa volonté, s'il veut prévenir toutes contestations sur ses droits. La solution dépend de l'ensemble des clauses que l'acte renferme ; il s'agit d'une question d'interprétation. — La loi ne détermine pas de termes sacramentels pour la stipulation d'intérêts. — Notons, que si la somme est importante, les tribunaux sont plus disposés à décider que le prêt n'est pas gratuit.

Jugé, que si un arrêté de compte est ainsi conçu : *Je reconnais*

(1) Duvergier, n. 255. Troplong, n. 409. Rennes 19 avril 1811. Arg. d'un arrêt de Cass. du 25 janvier 1815. Cass. 30 brumaire an XII. 22 juin 1853, D. P. 1853, 1, 211.

(2) Agen, 19 juin 1824. Bourges, 28 mai 1827. Angers, 19 mars 1833. Dev. 1833, 2, 553.— *Voy.* en sens contraire . Duvergier, n. 257. Bourges, 11 juin 1825. Bordeaux, 28 mai 1832. Dev. 1832, 2, 626. Toulouse, 19 janvier 1844. Dev. 1844, 2, 272. Dall. n. 27. Pal. 1844, 2, 211. Bordeaux 11 avril 1839. Dall. n. 27.

(3) Bourges, 25 avril 1826. Cass. 10 septembre 1811. Bordeaux, 2 mai 1826.— *Voy.* cep. Merlin. Rép. v° Intérêts, § 4, n. 8 ; § 3. n. 12. Quest. v° Inscrip. hyp., § 1er. Rolland, v° Intérêts. n. 151. Duvergier, n. 257. Toullier, t. 6. n. 272.

(4) Cass. 10 mai 1837. Dall. n. 28.

(5) Bordeaux, 2 mai 1826.

devoir... à valoir tant pour le capital qu'intérêts, le mot *intérêts* doit s'entendre non-seulement des intérêts échus, mais encore des intérêts à échoir (1).

Que la clause, portant que le débiteur *continuera* de payer les intérêts, établit suffisamment la preuve de la stipulation antérieure (2).

Que si l'on est convenu, par un acte sous seing privé, de faire courir les intérêts, à compter d'un jour indiqué pour la réalisation de cet acte devant notaires, les intérêts courent à partir de ce jour, bien qu'un acte notarié n'ait pas été dressé (3).

Enfin, que l'on peut valablement ajouter à la somme empruntée, une somme fixe, pour les intérêts à courir jusqu'à l'échéance, sans même énoncer distinctement cette dernière somme (4).

Les intérêts peuvent être valablement stipulés dans toute espèce de contrats : dans les dispositions à titre gratuit faites avec charge ; comme dans les contrats à titre onéreux (5).

L'art. 1907 exigeait non-seulement que la stipulation d'intérêts résultât d'un écrit ; mais encore, que le taux de l'intérêt conventionnel fût fixé ainsi : cette dernière mesure est sans utilité depuis la loi de 1807 : nous verrons en effet, que le créancier ne peut exiger un intérêt supérieur au taux de l'intérêt légal (6). Il suffit donc aujourd'hui, de stipuler des intérêts ; la loi fait le reste (7).

Passons à l'examen de la loi de 1807 :

LOI SUR LE TAUX DE L'INTÉRÊT DE L'ARGENT.

» Art. 1er. — L'intérêt conventionnel ne pourra excéder, en » matière civile, 5 0|0, ni en matière de commerce 6 0|0, le tout » *sans retenue*.

» Art. 2. — L'intérêt légal sera, en matière civile, de 5 0|0, et » en matière de commerce de 6 0|0 aussi *sans retenue*.

« Art. 3. — Lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a

(1) Cass. 3 avril 1816.

(2) Rennes, 28 octobre 1816.

(3) Cass. 21 janvier 1824.

(4) Dur. n. 598. Cass. 25 janvier 1815. *Voy.* cep. 29 janvier 1812. Dans l'espèce jugée par ce dernier arrêt, l'obligation remontait à une époque antérieure à la loi de 1807.

(5) Rolland, n. 65.

(6) Duvergier, n. 256. Dur. t. 10, n. 380. Bourges, 11 juin 1825. Cass. 29 janvier 1812. Lyon, 26 juin 1851. D. p. 54, 5, 445.

(7) Il semble résulter des considérants d'un arrêt de Cass., du 22 juin 1853. D. p. 1853, 1, 210, que depuis la loi de 1807, la stipulation d'intérêts peut être prouvée par témoins, dans le cas où cette preuve est admise : mais il faut observer, que cette loi règle seulement le taux de l'intérêt, et qu'elle laisse subsister sous tous autres rapports les règles du Code. — Rappelons-nous, d'ailleurs, que le but des auteurs du Code en exigeant une stipulation écrite, a été non-seulement de contenir l'avidité des capitalistes par le frein de la publicité; mais encore, de lever les doutes qui pourraient naître sur le point de savoir s'ils ont entendu déroger à la règle générale qui réputé le prêt gratuit de sa nature. (*Voy.* Dur. n. 598, et la note de Dev. sur l'arrêt de Cass. du 30 brumaire an XII.

» été fait à un taux excédant celui qui est fixé par l'art. 1er, le » prêteur sera condamné par le Tribunal saisi de la contestation, à » restituer cet excédant s'il l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur » le capital de la créance, et pourra même être renvoyé, s'il y a » lieu, devant le tribunal correctionnel pour y être jugé conformé- » ment à l'article suivant.

» Art. 4. — Tout individu qui sera prévenu de se livrer habi- » tuellement à l'usure, sera traduit devant le tribunal correction- » nel, et, en cas de conviction, condamné a une amende qui ne » pourra excéder la moitié des capitaux qu'il aura prêtés à usure; » s'il résulte de la procédure qu'il y a eu escroquerie de la part du » prêteur, il sera condamné, outre l'amende ci-dessus, à un em- » prisonnement qui ne pourra excéder 2 ans.

» Art. 5. — Il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par « contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la » présente loi. »

Cette loi laisse subsister l'obligation que le Code impose au prêteur de stipuler formellement des intérêts, s'il veut que ses capitaux ne restent pas improductifs; mais elle fait cesser la faculte que l'art. 1907 accordait aux parties, de déroger, par contrat, à la fixation du taux légal : le prêteur ne peut aujourd'hui exiger au delà de 5 pour 0/0 en matière civile et de 6 pour 0/0 en matière commerciale.

La loi de 1807 est-elle applicable, lorsque le prêt a pour objet des denrées ou autres choses fongibles, avec stipulation d'intérêts payables en denrées ou autres choses mobilières de même nature que les choses prêtées ?

Quid, lorsqu'il s'agit d'un capital en numéraire, avec stipulation d'intérêts payables en denrées, — *aut vice versa*, lorsque le prêt consiste en denrées, avec stipulation d'intérêts payables en numéraire ?

Doit-on restreindre son application, au cas où le capital et les intérêts consistent en numéraire? (*voy.* sur ces diverses quest. p. 427).

L'art 1er fixe le taux de l'intérêt : à 5 pour 0/0 en matière civile et à 6 pour 0/0 en matière commerciale ; mais comment distinguer ici le caractère de l'acte? Point de difficultés lorsque cet acte intervient entre commerçants : évidemment, il est commercial.— On admet en outre, généralement, que le prêt fait à un non commerçant par un commerçant, produit intérêt à 6 pour 0/0, conformément à la maxime : *Plus valet pecunia mercatoris quam pecunia non mercatoris* (1).

(1) Troplong, n. 362. Bordeaux, 17 janvier 1830. Dall. n. 183, 22 novembre 1832, 18 février 1836. Dall. n. 183. Rouen, 4 août 1843. Dall. n. 183. Cass. 28 janvier 1846. D. p. 56. 5e partie, vo Intérêts. 21 avril 1852. D. p. 54, 5, 447, 29 juin 1853. D. p. 54, 1, 288. Bourges. 14 février et 3 mars 1854. D. p. 55, 2, 19.

Mais que doit-on décider quand c'est un non commerçant qui prête à un commerçant? Le prêteur se soumet à toutes les chances du négoce ; il est juste de lui accorder les avantages attachés aux prêts commerciaux (1). Lorsque les parties ne sont commerçantes ni l'une ni l'autre, le taux de l'intérêt ne peut excéder 5 pour 0/0 (2).

Que signifient ces mots *sans retenue*, qui terminent les articles 1 et 2 ? Pour en connaître le sens, il faut recourir à quelques explications historiques : sous notre ancien droit, on supposait que l'argent donné à rente ou prêté, avait servi à l'acquisition ou à l'amélioration des immeubles : il résultait de là, que les impôts étaient censés frapper sur les produits des capitaux, car le fisc percevait alors ses droits sur les revenus fonciers : or, disait-on, puisque l'État perçoit un impôt sur les produits des héritages et par le fait une partie des intérêts ou arrérages des capitaux, il est juste d'autoriser les emprunteurs, à *retenir* sur les intérêts ou arrérages qu'ils paient au prêteur, une quotité égale à celle qu'ils ont indirectement payée à l'Etat sur leurs revenus : par ex., le 20e si l'impôt foncier est du 20e ; autrement, ils paieraient 2 fois. — Ce système était clairement établi dans le passage suivant d'un édit du mois de mai 749: (3)

« Mais attendu que les propriétaires ou usufruitiers des fonds et héritages, maisons et offices qui doivent des rentes à constitution, rentes viagères, douaires, pensions ou intérêts, paieront le vingtième de la totalité du revenu des fonds, sur lesquels les rentiers pensionnaires ou autres créanciers ont à exercer ou pourraient exercer leurs hypothèques à valoir, voulons que le vingtième dû par lesdits rentiers pensionnaires et autres créanciers, soit à la décharge desdits propriétaires et usufruitiers des fonds, et qu'à cet effet, ledit vingtième soit par eux retenu lorsqu'ils feront le paiement des arrérages desdites rentes, pensions et intérêts, en justifiant par eux de la quittance du paiement du vingtième du revenu de leurs fonds.

La loi du 23 novembre — 1er décembre 1790, changea le système de perception de l'impôt : elle substitua la contribution foncière à l'impôt sur le revenu : néanmoins, la retenue s'exerça toujours dans tous les contrats, sauf stipulation contraire ; aussi, le créancier ne manquait-il jamais de stipuler que le débiteur paierait les intérêts *sans retenue*.

Cet état de choses a subsisté jusqu'en 1807 : la loi du 3 septembre ayant limité le taux de l'intérêt, il parut conséquent de décider que la non-retenue serait de droit. — Aujourd'hui, le débiteur est donc tenu de payer intégralement le montant des intérêts ou des arrérages, *sans retenue*.

Le prêteur ne peut valablement stipuler que l'emprunteur paiera

(1) Troplong, n. 362. Cass. 30 brumaire an XII, 10 mai 1837, 7 mai 1845. D. p. 45, 1, 305. *Voy.* cep. Dur. t. 17, n. 598. Rennes, 19 avril 1811,

(2) Paris, 5 janvier 1837. D. p. 47, 4, 308. 15 juillet 1837. Dall. n. 186.

(3) Duvergier, n. 262.

plus de 5 pour 0/0 d'intérêts en matière civile et de 6 pour 0/0 en matière commerciale : cette règle est d'ordre public; elle reçoit dès lors son application nonobstant toute convention contraire.

Il y a *usure*, lorsque le prêteur stipule que l'emprunteur *fera* ou *donnera* une chose appréciable en argent, en sus de l'intérêt du capital prêté; lors même que le principal caractère du délit (l'habitude) ne serait point établi : que l'excédant consiste en denrées, en travaux à exécuter, ou en services à rendre, peu importe : les tribunaux, appréciateurs souverains des circonstances, ont dans tous les cas à rechercher, si la loi n'est pas frauduleusement éludée (1).

Par ex., la convention qui accorderait au prêteur, outre l'intérêt légal, le droit de se servir de l'objet qu'il a reçu en gage, ou d'en percevoir les fruits, serait usuraire : l'art. 2089 n'est pas contraire à cette décision, car dans le cas prévu par cet article, les intérêts se compensent avec les fruits ; il y a un *alea :* le traité deviendra désavantageux pour le créancier si l'année est mauvaise. — Au surplus, nous le répétons, les tribunaux prennent en considération les éventualités auxquelles le prêteur s'est exposé, la différence plus ou moins grande qui existe entre l'importance des récoltes, année commune, et le montant des intérêts que la somme aurait produits au taux légal.

Les tribunaux répriment l'usure, non seulement lorsqu'elle est ostensible; mais encore, lorsqu'elle se cache sous un voile quelconque : ils s'attachent principalement aux résultats.

Les contrats *pignoratifs*, les *ventes à réméré*, les sociétés contractées sous la condition *d'assurance du capital apporté par* l'un des associés, ou portant *aliénation de bénéfices éventuels*, les *prêts de denrées* faits avec stipulation d'intérêts payables en argent, *aut vice versa*, ceux qui ont pour objet des capitaux stipulés productifs d'intérêts payables *en denrées* (2), *les billets à ordre dits à domicile*, sont presque toujours entachés d'usure.

Jugé, que l'intérêt est usuraire, par cela seul qu'il a été pris en dedans; c'est-à-dire, retenu sur le capital au moment du prêt, et qu'il en est ainsi même en matière commerciale (3).

Jugé en outre, qu'une clause pénale est usuraire, lorsqu'elle excède le taux légal, si l'obligation principale a pour objet une certaine somme (4).

Qu'il y a lieu d'atteindre l'usure bien qu'elle soit déguisée sous la forme apparente d'une vente de marchandises (5).

(1) Pothier. Usure, n. 105 et suiv. Duvergier, n. 265 et suiv.

(2) On évalue les denrées au moyen des mercuriales ou de renseignements analogues. Duvergier, n. 274 et suiv. Merlin, Rép. v° Rente constituée, § 11, art. 2.

(3) Chardon, n. 485. Duvergier, n. 299. Rolland, v° Prêt à intérêt, n. 26. Agen, 12 mai 1853. D. p. 1854, 2, 181; 19 juillet 1854. D. p. 55, 2, 164; 28 avril 1855. D. p. 55, 1, 264.

(4) Delv. p. 533, note. Dall. n. 225. Liège, 9 mars 1826. *Voy.* cep. Dur. n. 488, t. 10, et Toullier, t. 6, n. 267.

(5) Troplong, n. 387. Cass. 21 août 1829. Paris, 27 novembre 1844, 9 février 1835. Dall. n. 204. Dev. 1835, 2, 139.

Les stipulations d'intérêts au delà du taux légal sont réductibles, lors même que le capital est le prix d'une vente (soit mobilière, soit immobilière) : vainement dirait-on, que le prêteur n'a pas tiré les deniers de sa caisse, et qu'il s'agit d'une condition de la vente : en définitive, l'acheteur est devenu débiteur d'une somme; dès lors, si l'intérêt dépasse le taux légal, il y a usure (1).

Nous le répétons, il rentre dans le pouvoir des tribunaux d'apprécier les faits et de frapper dès qu'ils découvrent la fraude—Peu importerait, qu'un acte authentique, portant donation de la quotité qui excèderait l'intérêt légal fût représenté : cet acte serait une nouvelle preuve de la pression exercée par l'emprunteur (2).

L'usure suppose que l'emprunteur éprouve un dommage; par conséquent, on ne verrait rien d'illicite, dans la convention par laquelle il s'interdirait de vendre une chose, sans l'avoir préalablement offerte au prêteur :—mais certes, on considérerait comme entaché de ce vice, l'engagement qu'il contracterait, par le même acte, de prêter à son tour une somme supérieure à celle qu'il aurait reçue ; car la réalisation d'une telle promesse pourrait, en certaines circonstances, devenir plus onéreuse pour lui, que l'obligation de payer un intérêt supérieur au taux légal (Pothier, nº 109, Duvergier, nº 271).

Il n'y a point usure, si le prêt est mêlé de chances aléatoires (3).

Quant au simple engagement *d'honneur*, il échappe à l'action des lois (4).

Rappelons ici, que l'anatocisme, jadis prohibé, est autorisé par le Code, lorsqu'il s'agit d'intérêts dûs pour une année au moins (1154).

L'usure peut-elle être couverte par une transaction ? Il résulte de l'art. 2046, que l'on peut valablement transiger sur l'intérêt civil qui naît d'un délit (2046), lors même que la justice est saisie : la loi n'excepte point le cas d'usure.

Mais il faut que la transaction soit réelle; c'est-à-dire, qu'elle soit librement consentie; qu'elle ait pour objet de réparer les effets du contrat usuraire, au moyen, par ex., de la remise d'une partie de la dette et de la libération de tout engagement usuraire pour l'avenir (5) : si elle maintient indirectement les stipulations antérieures et *a fortiori*, si elle est elle-même entachée d'usure, le débiteur conserve le droit d'agir : on présume alors, qu'il a subi la loi de la nécessité; que sa volonté n'a pas été libre, ou qu'il a été victime d'une nouvelle fraude (2053) — Les tribunaux prononcent en égard aux circonstances (6).

(1) Duvergier, n. 280.

(2) Pothier, Usure, n. 59. Troplong, n. 367. Duvergier, n. 281. Chardon, n. 514. Pau, 17 janvier 1824. Bordeaux, 17 décembre 1827.

(3) Pothier, n. 109. Duvergier, n. 271.

(4) Troplong, n. 404. Cass. 29 mai 1828, 21 novembre 1832, 9 février 1836. Dall. n. 205. Dev. 1836, 1, 88.

(5) Cass. 22 juin 1830, 16 novembre 1836. Dev. 1836, 1, 960.

(6) Troplong, n. 394. Duvergier, n. 299. Cass. 21 mai 1834. Duv. 1834, 1, 673. Lyon. 4 mars 1836. Duv. 1836. 2, 305.

Le seul fait d'exécution du contrat n'efface point le vice résultant de l'usure : mais alors, la position du débiteur change : s'il transige, la loi n'a plus de motifs pour le protéger, puisqu'il est affranchi des serres de son créancier ; puisqu'on ne peut plus dire qu'il a cédé à une pression : libre à lui de faire le sacrifice de ses droits et de disposer ainsi d'une partie de ses biens : les actes qui tendent à libérer le créancier, produisent leur effet sans recours (1).

Les dispositions répressives de l'usure sont sanctionnées de deux manières: 1° par le droit accordé à l'emprunteur, d'exiger que le prêteur lui tienne compte de ce qu'il a payé en sus de l'intérêt légal, —2° par des peines correctionnelles, lorsque les faits usuraires sont assez réitérés pour constituer l'*habitude*.

Le premier point doit seul nous occuper ; il fait l'objet de l'art. 3 de la loi de 1807.

L'usure n'est plus, comme sous notre ancienne jurisprudence (Pothier n. 111), une cause de nullité radicale des obligations (2) : Deux voies seulement sont ouvertes au débiteur, pour se soustraire des obligations qu'il a contractées : le remboursement effectif et l'imputation sur le capital ; en d'autres termes, il peut répéter, par voie principale, le montant des intérêts usuraires qu'il a payés ; ou opposer au poursuivant, par voie d'exception, l'art. 2 de la loi de 1807.

Cette loi avait fait naître les questions suivantes : L'imputation sur le capital doit-elle se faire à partir du jour où les intérêts usuraires ont été payés? Ces intérêts sont ils eux-mêmes productifs d'intérêts à compter de ce jour? Duvergier (n. 303) adopte l'affirmative sur l'un et l'autre point : aux termes de l'art. 1377, dit-il, celui qui, se croyant débiteur, a payé une dette par erreur, a le droit de répétition : l'art. 1378 ajoute, qu'en cas de mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il y a lieu à restitution tant du capital que des intérêts, à partir du paiement : ces deux textes sont évidemment applicables à l'emprunteur qui a payé, et au prêteur qui a exigé des intérêts usuraires : le premier a acquitté ce qu'il ne devait pas ; le second a reçu de mauvaise foi ce qui ne lui était pas dû. — Vainement objecterait-on, que la créance est facultative ; qu'elle ne devient certaine et liquide que par la condamnation qui intervient sur la demande du débiteur : la créance est facultative en ce sens, que le débiteur peut, à son gré, comme tout créancier, exercer son droit, ou le laisser sommeiller ; mais elle est parfaitement certaine et liquide, puisqu'elle est fondée sur un fait constant ; puisqu'elle ne peut être légitimement contestée (3).

(1) Duvergier, n. 282. Cass. 21 novembre 1832. Dev. 1833, 1, 95, 16 novembre 1836. Dev. 1836, 1, 960.

(2) Montpellier, 25 août 1829. Poitiers, 2 juillet 1850. D. p. 5, 2, 133.

(3) Duvergier, n. 303 et 304. Chardon, n. 504. *Voy.* également Pothier, n. 118. Montpellier, 20 décembre 1841. Dev. 1842, 2, 179.

Malgré ces considérations, le système contraire avait prévalu en jurisprudence : on admettait que les intérêts usuraires ne se compensaient avec la dette principale, que par l'effet de la demande formée par l'emprunteur; qu'ils ne produisaient d'intérêts que du jour de cette demande. Troplong notamment s'exprimait ainsi: L'art. 3 de la loi de 1807, dispose que si le prêt conventionnel a été fait à un taux excédant celui qui est fixé par l'art. 1er de notre loi, le prêteur sera *condamné* à restituer cet excédant ou à en souffrir la réduction sur le principal de la créance : il n'ordonne aucune compensation avant la condamnation intervenue sur la demande du débiteur; il autorise seulement les tribunaux à condamner le prêteur, à restituer le montant de ce qui excède l'intérêt légal, ou à en souffrir la reduction sur le principal à son choix : d'où il suit, qu'il ne s'opère de compensation qu'à partir du moment où le prêteur a opté pour la réduction de sa créance. — D'ailleurs, la loi n'admet la compensation qu'entre deux dettes également liquides; or, on ne peut considérer comme liquide, l'excédant d'intérêts que le créancier touche chaque année au delà du taux légal, puisque la somme due à cet égard ne peut être déterminée qu'après un règlement de compte. La loi, nous le répétons, exige que le droit soit reconnu par jugement : d'où résulte la nécessité d'une demande formée judiciairement par le débiteur ; demande que ce dernier, soit à raison des bénéfices qu'il a obtenus avec les fonds prêtés, soit à raison des risques que le créancier a courus, soit à raison des circonstances difficiles au milieu desquelles le prêteur est venu à son secours, soit par toute autre considération, peut juger convenable de ne pas former.

Par les mêmes motifs, on décidait que les intérêts des sommes perçues usurairement et dont le tribunal avait ordonné la restitution, n'étaient pas dus à partir du jour où ces sommes avaient été payées; mais seulement à partir de la demande, principe consacré par l'art. 1153 (1).

Ces questions ne peuvent plus s'élever aujourd'hui : la loi des 19-27 décembre 1850, a formellement consacré le premier système; l'art. 1er porte : « Les art. 1, 3 et 4 de la loi du 3 septembre 1807 « sont modifiés ainsi qu'il suit :

» Lorsque dans une instance civile ou commerciale, il sera prouvé » que le prêt conventionnel a été fait à un taux supérieur à celui » qui est fixé par la loi, les perceptions usuraires seront imputées de » plein droit aux époques où elles auront eu lieu, sur les intérêts lé- » gaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance. » — Si la créance est éteinte en capital et intérêts, le prêteur sera

(1) Troplong, n. 398. Cass. 9 novembre 1836. Dev. 1836, 1, 803. Dall. n. 252, 16 janvier 1837. Dev. 1837, 1, 234. D. p. 1837, 1, 150, Pal. 1837, 1, 306. Toulouse, 26 avril 1839. 21 juin 1842. Dev. 1842. 1. 760. Pal. 1842, 2. 62. Caen, 8 août 1844. Dev. 1845, 2, 155. Pal. 1845. 1, 281.

» condamné à la restitution des sommes indûment perçues, avec » intérêt du jour où elles lui auront été payées. — Tout jugement » civil ou commercial constatant un fait de cette nature, sera trans- » mis par le greffier au ministère public dans le délai d'un mois, » sous peine d'une amende qui ne pourra être moindre de 16 fr., » ni excéder 100 fr. »

Il résulte de ce texte, que la compensation s'établit immédiatement et de plein droit entre les intérêts légaux et les intérêts illégaux ; —que si les intérêts sont couverts en entier, la compensation a lieu de plein droit sur le capital jusqu'à due concurrence; —enfin, que les intérêts des sommes usuraires dont la restitution est ordonnée, produisent de plein droit des intérêts du jour où elles ont été payées.

On peut établir les faits d'usure, soit par témoins soit par de simples présomptions (1348 et 1353) (1): il est de principe en effet que les règles sur la preuve testimoniale souffrent exception en cas de dol ou de fraude. Ces modes de preuves seraient recevables, lors même qu'un acte authentique constaterait que le créancier n'a perçu que l'intérêt légal (2); seulement, l'emprunteur devrait alors prendre la voie d'inscription de faux (3).

On est admis à établir la preuve de l'usure, lors même qu'il s'agit d'un fait isolé, bien que l'affaire, en ce cas, soit entièrement civile (4).

L'action qui tend à faire modifier les clauses relatives au taux usuraire des intérêts est imprescriptible; car il s'agit de revenir à une règle d'ordre public : mais celle qui a pour objet la restitution des intérêts indûment payés, se prescrit par 30 ans (2262): en effet, la demande n'est plus fondée, en ce cas, sur le contrat; mais sur le fait du payement: Le délai court du jour où le payement a eu lieu (5).

(1) Chardon, n. 524. Dur., n. 332. Troplong, n. 405 et suiv. Favard, v° Usure, n. 4. Zach. t. 3, § 398. n. 20. Favard, v° Usure, n. 4. Toullier. t. 9. n. 193 et 313. Duvergier, n. 306. Cass. 18 thermidor an XIII, 28 juin 1821, 22 mars 1824, 18 février 1829, 19 novembre 1828. Angers. 27 mars 1829. Caen, 25 juillet 1827 et 12 janvier 1828. Bourges, 2 juin 1831. Dev., 1832, 2, 120. Douai, 27 avril 1827. Bordeaux, 7 avril 1827. Toulouse, 26 avril 1839. D. p. 39, 2, 266.

(2) Dur., t. 13, n. 332. Garnier, v° Usure, p. 110. Zach. p. 100. Duvergier, n. 307. Toullier, n. 193 et 313. Cass. 18 thermidor an XIII. Agen, 31 juillet 1812, 3 avril et 22 mars 1824, 19 novembre et 29 mai 1828. Cass. 2 décembre 1813, 28 juin 1821, 18 février 1829. Bourges, 18 mars 1826. Besançon, 24 messidor an IX. Riom, 16 janvier 1827. Caen, 25 juillet 1827. Bourges, 2 juin 1831. Dev. 1831, 2, 248. Dev. 1832, 2. 120. Angers, 27 mars 1829.

(3) Dur. n. 332. Garnier, Usure, p. 110. Chardon, v° Usure, n. 83. Duvergier, n. 308 Zach. t. 3, § 396. n. 20. Cass. 28 juin 1821. Besançon, 24 messidor an IX. Pau, 17 mars 1821. Caen, 25 juillet 1827. Paris, 2 mai 1823. *Voy.* cep. Bourges, 2 juin 1831. Dev. 1832, 2, 120.

(4) Cass. 28 juin 1821.

(5) Vazeille, Prescrip. n. 110. Rolland, v° Usure, n. 37. Troplong, Prescrip. n. 132. Dall n. 263. Duvergier, n. 306. Angers, 27 mars 1829. Paris, 2 mai 1823. Caen, 25 juillet 1827. Bourges, 2 juin 1831. Dev., 1832, 2, 120. Cass., 8 décembre 1836. Dev., 1837, 1, 238. Paris, 11 décembre 1851. D. p. 1854, 2, 228.—*Voy.* cep. Angers, 27 mars 1829. Bourges, 2 juin 1831. Dev., 1832, 2, 120. Caen, 29 avril 1835. Cass., 31 décembre 1833. Dev., 1834, 1, 104.

L'exception peut être opposée par l'emprunteur tant qu'il se trouve soumis aux poursuites de son créancier : c'est là une application de la maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (1).

La loi du 3 septembre 1807 est-elle applicable aux rentes constituées ? L'affirmative n'est pas douteuse, puisque ces sortes d'opérations sont classées par l'art. 1909 au nombre des variétés du prêt à intérêt (2) : Dans le contrat de constitution de rente, comme dans le prêt ordinaire, il y a un intérêt stipulé ; dès lors, on ne comprendrait pas sur quoi reposerait la différence.

Il résulte de l'art. 5 de la loi de 1807, que les actes antérieurs à l'époque où cette loi a été promulguée, conservent toute leur force. —Le législateur a dû s'expliquer formellement sur ce point ; car on aurait pu soutenir, que les mesures prises contre l'usure étant d'ordre public, devaient atteindre pour l'avenir les conventions même antérieurement passées. — Ainsi, non-seulement les intérêts payés en vertu de ces conventions ne peuvent être répétés; mais encore, ils sont dus pour l'avenir, d'après le taux stipulé par les parties (3).

Toutefois, si le créancier a accordé au débiteur, depuis la loi de 1807, un terme de grâce pour payer, cette loi exerce son empire sur les intérêts qui ont couru à partir de l'époque où la créance est devenue exigible (4) ; car un nouveau contrat s'est trouvé en quelque sorte formé : or, ce nouveau contrat est nécessairement soumis à la loi qui était alors en vigueur.

Que déciderons-nous, si le contrat passé avant la loi de 1807, porte stipulation d'intérêts pour un temps illimité ? Les intérêts doivent être perçus jusqu'à parfait payement, suivant le taux fixé par la convention (5).

Montpellier, 1er mars 1833. Dev., 1837, 1, 234. Toulouse, 18 novembre 1836. Dev., 1837, 2, 324. Suivant ces arrêts l'action se prescrit par dix ans, lors même que la nullité n'est opposée que par voie d'exception ; la maxime *quæ temporalia*, etc., n'est point applicable à l'exception *non numeratæ pecuniæ*.—Chardon, n. 542 et suiv., pense que l'action ne dure que dix ans (1304), lorsque l'usure est *palliée* ou *déguisée*, et par trente ans lorsqu'elle est *manifeste* et *flagrante*. —Nous nous bornerons à répondre qu'aucun acquiescement ne peut couvrir le vice des contrats usuraires; car il s'agit d'une atteinte portée à l'ordre public ; que l'action est imprescriptible : à la vérité, la répétition des intérêts est soumise à la prescription de trente ans ; mais pourquoi? parce que ce n'est plus alors le contrat qui est attaqué mais le paiement.

(1) Cass. 31 décembre 1833. Dev. 1834, 1, 104; 24 janvier 1813. Dev. 1833, 1, 268.

(2) Troplong, n. 361. Dur., t. 17, n. 603. Cass., 31 mars 1813. Cass., 26 août 1846. D. p. 46, 1, 357. *Voy.* cep. Favard, Rép. v° Intérêts.

(3) Zach., t. 1, § 30. Merlin, Rép. v° Intérêts, § 6. Dur., n. 65. Troplong, n. 357. Duvergier, n. 369. Poitiers, 8 février 1825. Cass., 16 novembre 1813, 29 janvier 1812, 11 avril 1810, 21 juin 1825, 13 mai 1827, 5 mars 1834. Dev., 1834, 1, 597. 15 novembre 1836. Dev., 1836, 1, 939. *Voy.* cep. Favard, v° Intérêts, n. 6.

(4) Dur., n. 602. Rolland, n. 123. Duvergier, n. 311. Cass., 13 juillet 1829. Bordeaux, 15 août 1829. Montpellier, 30 janvier 1832. Dev., 1832, 2, 523.

(5) Duvergier, n. 312. Poitiers, 8 février et 8 décembre 1825. Cass., 7 février et 27 août 1811. Cass., 3 mai 1809, 20 février et 11 avril 1810, 29 janvier 1812, 16 novembre 1813, 21

Quid, si les parties n'ont pas stipulé le taux de l'intérêt? Elles sont censées avoir voulu se soumettre au taux légal (1).

Jugé, que l'art. 2 de la loi de 1807, s'applique aux intérêts échus depuis sa promulgation, bien qu'ils résultent d'un quasi-contrat antérieur (Arg. de l'art. 3, C. civ.) (2).

Une stipulation d'intérêts à un taux qui excède 5 ou 6 0/0, contenue dans une obligation souscrite par un Français en pays étranger, conformément à la loi de ce pays, doit-il produire son effet en France ? Point de difficultés quant aux intérêts qui ont couru depuis la demande en remboursement; ils ne sont dus qu'au taux légal : —Mais que doit-on décider en ce qui touche les intérêts échus avant la demande ? Duvergier (n. 312) et Garnier (n. 73) pensent que la loi de 1807 oppose un obstacle insurmontable à l'exécution de cette clause : il est défendu, disent-ils, de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; or, la loi de 1807 fait partie de celles dont les volontés privées ne peuvent modifier les dispositions. —Mais la jurisprudence est fixée dans le sens contraire; elle applique la règle: *Locus regit actum.* — Nous croyons que c'est avec raison: la stipulation dont il s'agit, légale dans son principe, est devenue la loi des parties contractantes; dès lors, elle doit recevoir son effet jusqu'au remboursement (3).

La loi de 1807 est également inapplicable aux prêts sur nantissement faits par le mont-de-piété (4).

Quelques mots en terminant sur le contrat dit *pignoratif.* — On donne ce nom, au contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble, qui veut se libérer ou se procurer des fonds, vend en apparence cet immeuble à son créancier ou au prêteur, en stipulant qu'il pourra, pendant un certain temps, recouvrer sa propriété, moyennant remboursement, et qu'il conservera dans l'intervalle la possession de l'immeuble, à titre de preneur, moyennant un prix de location représentatif de l'intérêt de la somme dont il est débiteur.

Ce contrat est un de ceux qu'on emploie le plus fréquemment pour masquer l'usure.

Souvent aussi on a recours au contrat *mohatra*, sorte d'opération par laquelle un propriétaire, après avoir vendu son immeuble en accordant à l'acquéreur un délai pour payer, le rachète ensuite soit par lui-même, soit par l'entremise d'un tiers, moyennant un prix

juin 1825, 15 novembre 1826. Dev., 1816, 1, 939. Dall., n. 175, 5 mars 1834. Dev., 1834. 1, 597. Dall., n. 175.

(1) Cass., 22 mars 1820.

(2) Duvergier, n. 313. Troplong, n. 358. Cass., 13 mai 1817, 13 juillet 1829. *Voy.* cep. Dur., t. 17, n. 602.

(3) Troplong, n. 359. Proudhon, Droit civil, p. 158. Rolland, n. 126. Merlin, Rép. v° Hyp. Sect. 2, § 2, art. 5. Inscrip. hypoth., § 1. Fœlix, Droit international privé, n. 85. Cass., 14 messidor an XIII. Turin, 28 floréal an XIII. Aix, 14 janvier 1825. Bordeaux, 26 janvier 1831. Dev., 1831, 2, 178.

(4) Merlin, Monts de piété. n. 4. Fleurigeon, Code administratif. v° Mont de piété.

payable au comptant et inférieur à celui qu'il a primitivement stipulé (1).—En pareil cas, l'acquéreur ne devient pas propriétaire, puisque le contrat est nul comme vente : il a droit au remboursement du capital réellement prêté et aux intérêts calculés sur le taux légal; mais la différence n'est pas due.

Observons, que les contrats destinés à masquer l'usure ne sont point par cela seul privés de toute efficacité (2) : il appartient aux tribunaux, de rechercher si la vilité du prix est telle qu'elle doive procurer un intérêt usuraire.

« Tout individu, porte l'art. 4 de la loi de 1807, prévenu de se livrer *habituellement* à l'usure sera condamné, etc.»; ainsi, c'est l'*habitude* qui constitue le délit ; un fait isolé d'usure ne donnerait pas lieu à une condamnation correctionnelle (3).

Mais il suffit, pour constituer l'*habitude*, que les prêts aient été faits à deux personnes (4) et même que deux perceptions d'un intérêt excessif aient eu lieu, sur deux prêts faits au même individu (5). — Bien plus, un seul prêt usuraire, suivi de deux renouvellements, peut entraîner une condamnation ; car de telles conventions forment des prêts nouveaux (6).

Tout délit donne naissance à l'action du ministère public ; or, l'art. 4 de la loi du 3 septembre 1807, classe le fait d'usure au nombre des délits.

L'individu qui est victime de l'usure, peut-il agir lui-même devant le tribunal de police correctionnelle, comme il le pourrait pour tout autre délit? peut-il se porter partie civile sur l'action du ministère public? La négative est admise en jurisprudence sur l'un

(1) *Voy.* Pothier, Société, n. 22. Merlin, Rép. v° Pignoratif (contrat). Quest. v° Contrat pignoratif. Toullier, t. 9, n. 313. Duvergier, Vente, t. 2, n. 11. Prêt, n. 272. Montpellier, 25 août 1829. Pau, 17 mai 1830. Poitiers, 5 prairial an XII. Cass. 6 frimaire et 24 fructidor an VIII.

La cour de Lyon, 27 août 1841. Dev., 1842, 2, 32, a déclaré nul un acte de vente, en le considérant comme pignoratif, bien qu'il ne fût pas entaché d'usure : mais cet arrêt est isolé : il est de jurisprudence, que l'usure seule tombe sous la prohibition de la loi ; que le contrat produit ses effets dans les limites de ce qui est permis. Loin d'avoir été prohibé par une disposition législative, le contrat pignoratif a été au contraire formellement admis, ce n'est là qu'une espèce de nantissement. (*Voy.* art. 2071 et 2072. Cass., 28 mars 1837. Dev., 1837, 1, 936).

(2) Ainsi, le contrat *pignoratif* nul comme vente s'il est usuraire, doit sortir tout l'effet que la loi attribue aux actes d'engagements. Rouen, 22 messidor an XI. Poitiers, 5 prairial an XI et Dev. note sur l'arrêt de l'an XI. Ces arrêts ont été rendus il est vrai sous une législation qui ne limitait pas le taux de l'intérêt légal ; mais ils ne font pas moins autorité de nos jours, puisqu'en définitive, le contrat pignoratif est maintenu par le Code.—Reconnaissons toutefois que le créancier ne se trouve pas au cas *de non-paiement*, investi *ipso facto* de la propriété *impignorée*; il n'a que le droit de la faire vendre pour être colloqué sur le prix. (*Voy.* Duvergier, *Vente*, t. 1, n. 119. Troplong, Vente, t. 1, n. 77. Cass., 22 décembre 1813. Toulouse, 16 mars 1812, 1er mars 1822. Montpellier, 13 février 1828 et 26 juillet 1833. Dev., 1834, 2, 29).

(3) Cass., 22 novembre 1811.

(4) Cass., 24 décembre 1825.

(5) Cass., 4 mars 1826.

(6) Paris, 21 juillet 1826. Cass., 15 avril 1826, 31 mars 1837 et 23 mars 1838. Dall. n. 286.

et l'autre point. Ainsi, la partie lésée ne peut agir que devant le tribunal civil ou commercial, suivant les cas, pour se faire indemniser.

Nous ne parlerons point ici de l'usure considérée comme délit.

— Lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée, a condamné le débiteur au paiement d'une obligation, sans que la question d'usure ait été agitée, cette obligation peut-elle ensuite être attaquée pour cause d'usure? — La loi du 3 septembre 1807, autorise une partie à revenir pour cause d'usure, contre un paiement fait volontairement; mais on ne peut, sans méconnaître l'esprit de cette disposition, en étendre l'effet au cas d'une condamnation judiciaire : dans le premier cas, c'est-à-dire, tant que les parties ont été seules en présence, la présomption est que le débiteur n'a pas cessé d'être sous l'influence oppressive du créancier; mais aussitôt que la justice a été appelée à régler leur différend, il a trouvé en elle une protection qui a fait disparaître l'état de dépendance où il se trouvait : le débiteur rendu à la liberté doit dès lors s'imputer de ne pas avoir fait valoir le moyen tiré de l'usure. — Toutefois, le débiteur solidaire qui n'a pas été partie dans l'instance jugée contre son codébiteur, est recevable à demander la réduction pour cause d'usure (1) : — Dalloz (n. 256), s'élève contre cette opinion. Est-ce bien là, dit-il, l'esprit de la loi? le moyen tiré de l'usure est une cause distincte de celle qui a fait l'objet du procès; en refusant à la partie condamnée la faculté d'invoquer ce moyen, on favorise les usuriers. — Ce système aurait pour résultat d'éterniser les procès : en définitive quel est l'objet de cette dernière demande? le remboursement d'une somme payée en trop : eh bien! un jugement est intervenu, qui a condamné le débiteur à payer cette somme : pourquoi n'a-t-il pas fait valoir ses moyens de défense? il ne peut alléguer que son consentement n'a pas été libre devant les tribunaux; il n'avait plus aucun ménagement à garder vis-à-vis de son créancier puisqu'on le poursuivait : dès lors à quel titre prétendrait-il agir en restitution?

La jurisprudence admet (2) (arrêt du 8 avril 1850, D., p. 55, 2, 232) que l'exception de la chose jugée ne peut être opposée au ministère public agissant pour la répression du délit : mais alors, il faut *a fortiori* lui réserver le droit d'agir, quand une transaction est intervenue entre les parties, et cependant, il paraît bien difficile d'admettre cette dernière conséquence. — L'usure est un délit d'une nature particulière; ce fait diffère essentiellement de l'escroquerie : la loi de 1850 et celles qui l'ont précédé : ont consacré cette distinction. — Nous comprenons, qu'un jugement au civil ne puisse paralyser l'action publique en cas d'escroquerie; mais ne serait-il pas bizarre, d'admettre le ministère public à prouver que le débiteur a payé au delà de ce qu'il devait, quand un jugement au civil, passé en force de chose jugée, constate par une condamnation que la somme était légalement due?

On peut, sans aucun doute, pour un prêt en numéraire, stipuler des intérêts en denrées : mais la loi de 1807, est-elle applicable, lorsque le prêt a eu pour objet des denrées? — Pour l'affirmative, on lit que dès le moment où l'on soumet à la loi de 1807 la stipulation que les intérêts d'un capital en numéraire seront payables en denrées, il est conséquent de décider que cette loi règle également le cas où le capital et les intérêts consistent en denrées; que pour connaître l'esprit de la loi de 1807, il faut la rapprocher des autres dispositions du Code; que l'article 1905 parle

(1) Chardon, n. 68. Toulouse, 26 décembre 1840. Dall. n. 56. Cass. 13 avril 1841. Dall. : chose jugée, n. 205. Bordeaux, 8 août 1850. D. p. 552; 232.

(2) Cass. 25 juillet 1823. Toulouse, 8 août 1850. D. p. 55, 2, 232.

non-seulement du prêt d'argent, mais encore du prêt à intérêt de denrées; que l'article 1907 se réfère à l'un et à l'autre cas ; que la loi de 1807 a pour objet unique de prévenir l'usure, c'est-à-dire, de réprimer l'abus que l'on pourrait faire du droit de fixer à volonté le taux de l'intérêt; enfin, qu'il faut moins s'attacher à l'intitulé des lois, qu'aux dispositions qu'elles renferment (1). — Quoi qu'il en soit, le système contraire nous paraît devoir être admis : le législateur peut déterminer le taux de l'intérêt, lorsque le prêt consiste en numéraire; car l'argent représente une valeur fixe : mais cette détermination est impossible lorsqu'il s'agit de marchandises; la valeur de ces sortes de choses étant variable. — « Tel, dit Garnier (n. 9), qui emprunte lorsque les denrées sont très-rares et à un très-haut prix, rendra peut-être dans un temps où elles seront abondantes et à très-bon marché : c'est là un contrat aléatoire, dans lequel il y a pour les parties une égale chance de gain ou de perte, dont l'effet dépend d'un événement futur et incertain. » — Au surplus, la loi du 3 septembre 1807 est intitulée : *Loi sur le taux de l'intérêt de l'argent;* ce qui prouve que le législateur n'entend modifier que sous ce rapport les règles du Code. — D'ailleurs, toutes les dispositions de cette loi se réfèrent aux prêts en numéraire (2). — Ainsi, lorsque le capital et les intérêts consistent en denrées, il n'est pas nécessaire de recourir à des évaluations ; il n'y a pas lieu d'examiner si la quantité promise pour intérêts excède 5 ou 6 p. 0/0 : par ex., je puis valablement prêter 100 mesures de blé, sous la condition que l'emprunteur m'en rendra 110 à la récolte suivante. — Il faut excepter bien entendu, le cas où le prêt dissimulerait un acte usuraire (3).

Mais, nous le répétons, si le capital consiste en numéraire, avec stipulation d'intérêts payables en deniers ou en objets mobiliers même non susceptibles d'évaluation d'après les mercuriales, on applique les règles de la loi de 1807 : dans ce dernier cas, les tribunaux doivent faire estimer les objets par experts, si l'estimation ne résulte pas de l'acte de prêt. — Nous étendrons cette décision au cas inverse où le capital consisterait en denrées ou autres choses fongibles avec stipulation d'intérêts payables en numéraire (4).

La loi de 1807, peut-elle s'appliquer au contrat de rente viagère ? — Le caractère aléatoire de ce contrat, ne s'oppose point à ce que la nullité soit prononcée en cas d'usure; on présume facilement que le prêt *est usuraire*, lorsque les intérêts de plusieurs années ont été payés d'avance, ou lorsqu'il a été stipulé, qu'en cas de retard dans le paiement, le capital sera exigible et que les intérêts échus seront acquis au rentier, à titre d'indemnité. — Les tribunaux doivent atteindre l'usure sous quelque voile qu'elle soit dissimulée : — il s'agit d'une question de par conséquent il n'y a pas lieu à cassation (5).

1908 — La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement, et en opère la libération.

= Les intérêts doivent être acquittés avant le capital (1254) : comme on ne peut supposer que le créancier ait prétendu laisser intervertir cet ordre, la loi décide que la quittance du capital, donnée sans réserve, fait présumer le payement des intérêts.

(1) Duvergier, n. 279, Merlin. Rép. v° Rente constituée, § 2, art. 2.

(2) Garnier, n. 9. Rolland. Prêt à intérêts, n. 9. Troplong, n. 361.

(3) Troplong, n. 361.

(4) *Voy.* nos explications sur l'art. 1907. Troplong, n. 361 et 393. Dall. n. 211. Duvergier, n. 265 et suiv., 274 et suiv. Cass. 31 mars 1813, 3 mai 1809.

(5) Orléans 24 mai 1831. Cass. 31 décembre 1833. Dall. n. 213. Cass. 26 juin 1845. D. p. 45, 1, 360.

En cas de payements partiels, l'application de la règle établie par l'art. 1908, est restreinte aux intérêts de la portion du capital qui a été payée : la présomption de payement ne doit pas être étendue aux intérêts de la portion du capital non payée, quoiqu'ils soient échus (1).

Bien que cette règle soit placée sous le titre du prêt à intérêt, elle s'applique à toutes les autres dettes qui produisent des intérêts ou arrérages, nonobstant la règle que les présomptions légales ne s'étendent pas facilement d'un cas à un autre (Dur., n. 605).

— La présomption légale établie par notre article, est-elle du nombre de celles qui excluent la preuve contraire (1352)? — Il ne s'agit ici, disent quelques auteurs, ni d'un cas où la loi annule l'acte, ni d'un cas où elle dénie l'action en justice; mais d'une simple présomption de libération : donc cette présomption peut et doit céder à la preuve contraire (2). — Mais les expressions finales de l'art. 1908, qui déclarent libéré, le débiteur porteur d'une quittance donnée sans réserve des intérêts, nous paraît trop précise, pour qu'il soit possible de s'en écarter : cet article dénie implicitement toute action au créancier ; il s'agit d'une présomption *juris et de jure* (3).

Des rentes constituées.

On nomme *rente* (*lato sensu*), le droit à des prestations périodiques soit en argent, soit en denrées (4).

Les prestations auxquelles est soumis le débiteur de la rente, se nomment *arrérages*.

Les rentes sont perpétuelles ou viagères :

La rente *perpétuelle*, est le droit aux arrérages d'un capital que le créancier s'interdit d'exiger, mais que le débiteur conserve la faculté de rembourser.

La rente *viagère*, est le droit aux arrérages d'un capital qui n'est exigible ni de la part du créancier, ni remboursable par le débiteur, et qui a pour limite la vie d'une personne (*voy.* tit. 12, chap. 2).

Les rentes perpétuelles sont *constituées* ou *réservées :*

Constituées, quand elles ont pour prix un capital mobilier, soit en argent, soit en denrées ou autres choses fongibles (5).

Réservées ou foncières, quand elles sont établies comme prix direct, comme condition de l'aliénation d'un immeuble (6).

Occupons-nous d'abord des rentes constituées.

« La constitution de rentes est un contrat par lequel l'un des con-

(1) Cass., 8 mai 1855. D. p. 55, 1, 244.

(2) Merlin. Rép., v° Intérêts, § 7. Dur. n. 606, t. 17 n. 412 et 431, t. 13. Duvergier, n. 560. Toullier, n. 31 et suiv., t. 10.

(3) Troplong, n. 414. Zach., t. 3, p. 95, n. 4.

(4) Dans le langage usuel on donne, mais improprement, le nom de rentes, même aux prestations annuelles : on dit une rente de 100 fr., ou de tant de mesures de blé.

(5) Championnière et Rigaud. Enregistr. n. 1298 et 1299. Troplong, n. 423.

(6) Caen. 9 avril 1829, 18 novembre 1812.

tractants vend à l'autre une rente annuelle et perpétuelle dont il se constitue le débiteur, pour un prix licite convenu entre eux, qui doit consister dans une somme de deniers qu'il reçoit de lui, sous la faculté de pouvoir toujours racheter la rente, lorsqu'il lui plaira, pour le prix qu'il a reçu pour la constitution et sans qu'il puisse y être contraint (Pothier). »

Il résulte de cette définition :

1° Que la constitution de rente est un contrat *commutatif, unilatéral* et non *solennel* ;

2° Que ce contrat est *réel*, car il se forme par la tradition de la chose ;

3° Que la rente est *perpétuelle* ; car, d'une part, le débiteur ne peut se libérer qu'en remboursant le capital, quelque prolongée qu'ait été la prestation des arrérages ; d'autre part, le créancier ne peut exiger le remboursement du capital, excepté dans trois cas : 1° Si le débiteur ne fournit pas les sûretés promises par le contrat ; — 2° s'il laisse passer deux années sans payer la rente ; — 3° s'il tombe en faillite ou en déconfiture (1912 et 1913). — L'obligation que le débiteur se serait imposée, de rembourser la rente au bout d'un certain temps, réduirait la rente à un véritable prêt ;

4° Que la rente doit être *rachetable* : le débiteur peut toujours se libérer en remboursant le capital ; toute clause qui lui interdirait cette faculté serait nulle.

Néanmoins, le créancier stipulerait valablement, que la rachat ne pourra se faire avant un délai de dix années. — Si les parties étaient convenues d'un terme plus long, la clause ne serait pas nulle ; on réduirait le terme stipulé au terme légal (arg. de l'art. 1660). (*Voyez* nos observations sur l'art. 530.) (1).

Le créancier peut en outre stipuler, que le débiteur sera tenu de l'avertir un certain temps d'avance.

Le mot *rachat*, suppose une vente originaire et la reprise de ce qui a été vendu : quel a donc été l'objet de la vente ? Le droit à des prestations périodiques : le débiteur des arrérages est censé avoir vendu ce droit, moyennant un capital reçu en échange ; il exerce le réméré, en remboursant le prix d'achat.

1909 — On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger.

Dans ce cas, le prêt prend le nom de *Constitution de rente*.

= L'origine du contrat de constitution de rente est peu connue : quelques auteurs, et de ce nombre était Pothier, ont cru en trouver des vestiges dans la Novelle 160 de Justinien : il serait superflu de s'arrêter à l'examen des diverses opinions qui se sont élevées ; qu'il

(1) Sous ce rapport, le Code modifie l'ancien droit. Notre ancienne législation prohibait toute clause qui avait pour objet d'empêcher, même pour un certain temps, la faculté de rachat.

nous suffise de savoir, que les rentes constituées n'ont commencé à être en usage en France que vers la fin du XIIIe siècle, époque à laquelle on reconnut la nécessité de remplacer le prêt à intérêt, proscrit alors par la sévérité des lois, et de procurer aux propriétaires qui avaient besoin de capitaux, les ressources qu'ils ne pouvaient pas toujours attendre de la bienfaisance (1). — Ce contrat, au surplus, a beaucoup perdu de son importance, aujourd'hui que la stipulation d'intérêts est autorisée dans le prêt.

Le contrat de constitution de rente ne s'est introduit que progressivement dans notre législation : La faculté d'emprunter ainsi, fut d'abord exclusivement réservée aux propriétaires de fonds immobiliers : on considéra le créancier, comme copropriétaire du fonds hypothéqué à sa créance. — Les rentes constituées, de même que les rentes foncières, avaient donc un caractère immobilier; les arrérages étaient censés représenter proportionnellement la quotité de fruits qui appartenait au rentier.

Cette théorie, ainsi que le démontra Dumoulin, reposait sur une appréhension chimérique; en effet, le débiteur d'une rente constituée, à la différence de l'emprunteur, ne pouvant être contraint au remboursement du capital, il n'y avait point de raison pour restreindre aux propriétaires fonciers la faculté de créer des droits de cette nature.

Quoiqu'il en soit, tout en cédant à l'autorité de ce jurisconsulte, certaines coutumes persistèrent à considérer les rentes constituées comme immeubles : mais ce n'était plus là qu'une fiction, employée pour faire entendre, que le rentier ne pouvait exiger le remboursement de son capital et que l'obligation de servir les arrérages ne s'éteignait jamais : on considérait la rente constituée comme un droit personnel que le rentier avait contre le constituant, lors même qu'elle était garantie par une hypothèque : ce droit était régi par la loi du domicile du rentier et réputé meuble ou immeuble suivant les diverses coutumes des lieux qu'il habitait.

Ce système existait encore à l'époque où écrivait Pothier (*voyez* n. 115).

Les lois nouvelles ont dû consacrer d'autres principes, puisqu'elles admettent le prêt à intérêt. Les art. 529 et 530 portent que les rentes constituées sont, comme les créances, réputées meubles (2).

Le contrat de constitution de rentes n'est au fond qu'une espèce de contrat de prêt. « On peut, dit l'art. 1909, stipuler un intérêt moyennant un capital que le *prêteur* s'interdit d'exiger. — Dans ce cas, le *prêt* prend le nom de constitution de rentes. »

(1) Dans ce contrat, le taux légal de l'intérêt était 5 p. 100.

(2) Duvergier, n. 326. Troplong, n. 930. Dur. n. 603. Bourges, 22 avril 1825. *Voy.* cep. Favard, v° Intérêts.

Ainsi, l'une des parties livre de l'argent à l'autre, pour en tirer un revenu. — Les arrérages ne cessent d'être dus, qu'après le remboursement du capital. — Le contrat est *unilatéral* et *réel*. — La loi qualifie de prêt, le contrat qui intervient, et de prêteur, le crédit-rentier. — Enfin, les règles de la loi de 1807 sur le taux de l'intérêt, sont applicables en matière de constitution de rentes (1).

Mais on remarque ces différences principales entre l'un et l'autre contrat : 1° que le remboursement du capital prêté peut être exigé par le créancier après un certain temps; tandis que le capital de la rente est irrévocablement acquis au débiteur des arrérages : ce dernier ne peut être poursuivi en remboursement que dans des cas exceptionnels.— En un mot, le capital n'est pas *in obligatione;* mais *in facultate solutionis.*

2° Que les intérêts ne peuvent être capitalisés, qu'autant qu'ils sont dus pour une année entière (1154); tandis que les arrérages peuvent être capitalisés et rendus productifs d'intérêts dès qu'ils sont exigibles. (1155).

3° Que le prêt à intérêt ne peut être prouvé par témoins (v. p. 414); tandis que la preuve du contrat de constitution de rente peut être établie par tous moyens de droit.

La représentation d'un titre constitutif, est sans contredit le moyen le plus simple et le plus certain.

Un seul original suffit, lorsque l'acte est sous seing privé, puisque le contrat est unilatéral (1325) (2); néanmoins, les parties agiront prudemment, en dressant de doubles originaux et même en recourant à la forme authentique, à raison du caractère de perpétuité du droit concédé; elles éviteront ainsi des contestations.

Le débiteur supporte, comme de raison, les frais de contrat, puisqu'il doit fournir au créancier le titre en vertu duquel il exercera son droit (3).

On admet généralement, qu'il peut être suppléé au titre primordial par un titre récognitif (1337 et suiv.) (4).

Il a même été jugé, qu'une lettre émanée du mandataire du débiteur de la rente, par laquelle il en reconnaît l'existence, équivaut à un titre récognitif (5).

La preuve testimoniale est admise pour établir l'existence de la

(1) Dur. n. 603, t. 17 et 446. Troplong, n. 430. Cass. 26 août 1846. Dev. 47, 1, 113. *Voy.* cep. Duvergier, n. 326 et 327. Favard. Rép. v° Intérêts.

(2) Rolland, n. 109 et 110. Pothier oblig. n. 745. Toullier t. 8, n. 306. Dur. t. 13, n. 172.

(3) Rolland, n. 128. Pothier, n. 59. Troplong, n. 450.

(5) Pothier, n. 147. Merlin, quest. v° Rente, § 2. Rolland, v° Rente, n. 123. Troplong, n. 459. Poitiers, 16 mars 1825. Rennes, 7 janvier 1814, 13 juin 1810. Cass. 28 février 1823, 17 février et 6 mai 1807, et 19 décembre 1820.

(6) Caen. 6 août 1827. Dall n. 77.

rente, savoir : sans commencement de preuve par écrit, quand l'objet de la demande n'excède pas 150 fr., et au-dessus de cette somme avec commencement de preuve (1341) (1).

Lorsqu'il y a lieu d'admettre la preuve testimoniale, le juge peut prononcer sur des présomptions, pourvu quelles soient graves, précises et concordantes (1353) (2).

Le droit à une rente peut-il s'acquérir par prescription ? Cette question est controversée ; nous l'examinerons au titre de la prescription (3).

Le contrat de constitution de rentes est soumis, pour la capacité que doivent avoir les parties, aux règles générales des contrats et à celles qui concernent spécialement le prêt à intérêt.

Remarquons ces mots qui terminent le premier alinéa de notre article : *que le prêteur s'interdit d'exiger:* c'est là, en effet, le caractère distinctif du contrat de constitution de rente ; autrement, ce contrat ne serait qu'un prêt à intérêt proprement dit (4).

La renonciation à la faculté d'exiger le remboursement, n'a pas besoin d'être expresse : elle peut résulter de l'ensemble des clauses du contrat : il suffit qu'elle soit formelle et clairement exprimée : le juge prononce eu égard aux circonstances (5).

Si le sort principal est exigible pour partie, le contrat de constitution n'est frappé de nullité que pour cette partie. — S'il n'est exigible que pendant un certain temps, la constitution de rente n'existera qu'à partir de l'expiration de ce temps (Pothier, n. 45 et suiv.).

Le prix de la rente peut consister en un capital, en denrées ou autres choses mobilières fongibles (Arg. des art. 1903 et 1909 combinés).— Nos anciens auteurs ne s'accordaient pas à cet égard : suivant Dumoulin et Loyseau, la rente était nulle ; mais Pothier (n. 30) pensait que la solution devait être subordonnée aux circonstances, et que la fraude seule pouvait entacher le contrat de nullité : il déclarait la constitution de rente nulle comme usuraire, si l'excès dans le prix des choses vendues était tellement considérable que le vendeur n'eût pu ignorer qu'il vendait au delà du juste prix, et il maintenait au contraire le contrat, si l'excès était modique, en ce sens que la constitution de rente devait être réformée

(1) Toullier, t. 9, n. 97. Rolland, commencement de preuve, n. 35. Fœlix, Rentes foncières, n. 102. Poitiers, 28 février 1823. Cass. 19 avril 1820. Rennes, 22 mars 1814. Cass. 14 mars 1827. Caen, 11 juin 1807.

(2) Poitiers, 17 juin 1825. Février et 16 mars. 28 février 1823. Cass. 6 mai 1807. 19 décembre 1820.

(3) Pothier, n. 158 59 Troplong, Prêt. n. 451, et Prescript. t. 1, n. 179. Vazeille, n° 3, Rolland, n, 136, Merlin, Rep. v° Prescrip. sect. 2, § 4, art. 1. Instit. n° Rente. § 2, n. 4.

(4) Troplong, n. 430. Cass. 28 vendemiaire an XI. Paris, 14 prairial an XIII, 3 décembre 1816. Cass. 24 mars 1818, 24 mai 1819.

(5) Zach. p. 101. Duvergier, n. 325. Troplong, n. 451. Paris, 16 messidor an 9. Cass. 24 mars 1818. Paris, 3 décembre 1816. Cass. 23 vendémiaire an XI. *Voy.* cep, Paris, 14 prairial an XIII.

par la réduction du principal au juste prix. — Cette opinion doit être admise *à fortiori* sous le code civil, puisque l'art. 1909 place la constitution de rente sur la même ligne que le prêt à intérêt (1).

Si la rente est créée comme prix direct d'un immeuble, on rentre dans le cas de l'art. 530 : la rente est foncière.

Autrefois, la rente payée au crédi-rentier pouvait consister soit en une somme d'argent, soit en une certaine quantité de grains ou autres denrées. Mais, en vue de prévenir ce qu'on appelait *usure*, c'est-à-dire, le prêt à intérêt, facile à déguiser sous des contrats de cette nature, (le prix des denrées étant sujet à des variations fréquentes), un édit du mois de novembre 1565 déclara, « que les rentes de grains et autres denrées, constituées à prix d'argent, seraient converties en rentes d'une somme sur le pied du denier 12 et qu'à l'avenir toutes les rentes de cette nature seraient constituées ainsi.

Le code n'ayant point renouvelé les dispositions de l'édit de 1565, nous concluons, par argument de la loi du 30 ventôse an XII, (art. 7) qu'elles sont abrogées (2) (*Voyez* art. 1907 quest.)

La loi de 1807 a-t-elle fait revivre l'édit de 1565? Non, assurément, puisqu'elle fixe seulement le taux de l'intérêt. Mais les arrérages des rentes constituées en denrées doivent être réduits au taux légal d'après les mercuriales.

Les arrérages sont dus chaque jour: ils se divisent en autant de parties qu'il y a de jours dans l'année; sans néanmoins que le créancier puisse en exiger le payement avant l'expiration de l'année; à moins qu'il n'ait stipulé d'autres termes.

Ils doivent être payés, comme les intérêts, au domicile du débiteur, sauf stipulation contraire : en d'autres termes, la rente est *quérable*, si l'acte ne porte point qu'elle sera *portable* (3).

La prestation des arrérages est divisible, lors même qu'elle doit avoir lieu en grains (4). Par conséquent, si le créancier laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux ne devient créancier que pour sa part et portion (5) et réciproquement, si le débiteur laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu que pour sa part. — Il en serait autrement, bien entendu, si l'intention des contractants avait été que la rente ne pût s'acquitter partiellement (1221, n. 5).

(1) Championnière et Rigaud, n. 1218 et 1299. Troplong, n. 423. Duvergier, n. 332 et suiv. Cass. 31 mars 1813.

(2) Duvergier, n. 323. Merlin. Rép., v° Rente constituée, § 2, art. 2, n. 1. Garnier, p. 9. Rolland, v° Rente, n. 74. Paris, 8 août 1828. Dall. n. 20.

(3) Troplong, n. 449. Rolland, n. 150. Grenoble, 19 juillet 1827. Bruxelles, 6 avril 1808. Riom, 17 juin 1816. — Pothier, n. 121 et suiv., établit des distinctions qui ne doivent pas être admises sous le Code.

(4) Pothier, n. 120. Delv. p. 201. n. 6. Troplong, n. 448. Cass. 2 mars 1809.

(5) Toullier, t. 6, n. 753 et 770, t. 7, n. 17.—Suivant un arrêt de Riom, 29 décembre 1819 jusqu'au partage consommé, les arrérages peuvent être valablement payés par le débiteur à l'un des héritiers du créancier. Cet arrêt ne peut faire jurisprudence.

Les arrérages se prescrivent par cinq ans (2277).

Pothier admettait, que les quittances de trois années consécutives d'arrérages, établissaient une présomption légale de paiement des années précédentes (1) : que doit-on décider aujourd'hui? Les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances.

Quelques mots sur les rentes réservées (ou foncières).

Cette rente était considérée, sous la législation antérieure au Code, comme un démembrement de la propriété, retenu sur l'immeuble aliéné; de telle sorte que le débiteur ne pouvait racheter; car nul n'est tenu de vendre ce qui lui appartient. — Par exception, cependant, la rente foncière était rachetable : 1° lorsque le rentier avait stipulé cette faculté dans le contrat; 2° lorsque l'immeuble cédé était une maison de ville. — La loi des 9 et 11 août 1789, abolitive du régime féodal, déclara que toutes les rentes foncières ou perpétuelles, indistinctement, seraient rachetables.—Néanmoins, les rentes foncières n'ont perdu leur caractère immobilier, qu'à partir de la publication du Code : l'art. 530, promulgué le 13 mars 1804, met ces sortes de droits au nombre des créances, comme celles qui sont acquises moyennant l'aliénation d'un capital mobilier ; créances privilegiées sur l'immeuble vendu, il est vrai, mais susceptibles d'être purgées comme toutes autres créances hypothécaires : — Ainsi, les rentes réservées sont aujourd'hui mobilieres et rachetables comme les rentes constituées (530).

Mais, de ce que ces sortes de droits ont entre eux des points de ressemblance, s'ensuit-il qu'ils doivent-être, sous tous les rapports, placés sur la même ligne? Non, assurément, on remarque toujours les différences suivantes :

Lorsque la rente est *foncière*, le créancier peut stipuler que le débiteur ne pourra se libérer avant un certain temps qui peut aller jusqu'à 30 ans; il règle les conditions du rachat; il peut exiger la restitution de l'immeuble, en vertu de l'art. 1184, si le débiteur manque de payer les arrérages d'une seule année; enfin, il peut demander la résolution du contrat, de même qu'un vendeur ordinaire, si le montant des arrérages de la rente, calculé sur le pied du denier 20, présente pour le rentier une lésion de plus de 7 1/2, calculée sur la valeur réelle de l'immeuble aliéné.—Lorsque la rente est *constituée*, le créancier ne peut interdire au débiteur la faculté de racheter la rente pour un temps excédant dix années; il ne peut régler les conditions du rachat; il ne peut demander la restitution du capital pour défaut de payement des arrérages, que si le débiteur a cesse de remplir ses obligations pendant deux années; enfin,

(1) Pothier, Oblig., n. 812. Louage, n. 179., et Toullier, t. 7, n. 339, du moins quand il s'agissait de contributions publiques.

il n'y a pas lieu de faire rescinder le contrat pour cause de lésion de plus des 7/12mes (1).

Libre aux parties de convertir la rente foncière en rente constituée : cette convention peut résulter, soit d'un nouvel acte, soit de l'acte même d'aliénation : mais on ne suppose pas facilement que le rentier ait sacrifié l'avantage attaché à la qualité de vendeur, pour devenir simple créancier. La novation, en principe, ne se présume pas (1273) ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. Les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances (*voyez* p. 633, t. 2).

Nous avons constamment supposé, dans nos explications, le cas de constitution à titre onéreux, seule hypothèse réglée par l'art 1909. Nul doute que les rentes peuvent être établies *gratuitement* (c'est-à-dire soit par donation entre-vifs, soit par testament); mais alors, elles n'ont plus rien de commun avec le prêt.

Les rentes créées à titre gratuit sont susceptibles de rachat, de même que celles qui ont été acquises comme condition de l'aliénation d'un immeuble, ou moyennant un capital mobilier : l'art. 1911 s'applique, dans sa généralité, à toutes les rentes constituées sans distinction de cause.

— Quel serait l'effet de la clause d'un contrat de rente, portant que l'acquéreur ne paiera tout ou partie de son prix, qu'à sa volonté, avec intérêts jusqu'au remboursement? ~~ Il a été jugé, que cette clause emporte constitution de rentes ; car elle contient une aliénation du capital et défense au vendeur de l'exiger (2); —plus tard, la cour de Paris a reconnu, que la stipulation n'était pas assez positive pour que l'on pût y voir une aliénation du capital à perpétuité et qu'elle n'indiquait nullement que le prêteur eût entendu s'interdire la faculté d'exiger le capital. On ne peut, en effet, donner sur ce point de solution absolue : il s'agit de rechercher, par voie d'interprétation , quelle a été la volonté des parties. (3).

Verrait-on le délit d'usure , dans le fait du transport d'une rente pour un prix moindre que le capital? ~~ Non évidemment : le cessionnaire accepte des chances ; il paraît juste de l'en indemniser par quelques avantages : journellement, de pareilles conventions interviennent. — Exceptons le cas où le cédant se porterait garant : alors, il constituerait, en quelque sorte, la rente sur lui-même. La loi de 1807 deviendrait applicable (4).

1910 — Cette rente peut être constituée de deux manières, en perpétuel ou en viager.

= La rente perpétuelle dure indéfiniment ; c'est-à-dire, jusqu'au

(1) Proudhon. Usuf. t. 4, n. 1835. Troplong, n. 424. Suivant Toullier, 1, 3, n. 25. Dur., t. 4, n. 144, et Zach. t. 3, p. 104 et 105, il n'y a plus aujourd'hui que des rentes constituées — Ces auteurs ne tiennent pas compte des différences que nous venons de signaler.

(2) Paris, 14 prairial an XIII, 16 messidor an IX. Cass. 28 vendémiaire an XI.

(3) Troplong, n. 431. Championnière et Rigaud , n. 1302, 3 décembre 1816. Nancy , 24 mai 1819. Cass. 31 décembre 1834, et 24 mars 1818. Dall. n. 27.

(4) Chardon, n. 23. Rolland, n. 95. Cass. 9 avril 1828. Bordeaux, 12 novembre 1855.

moment où le débiteur remboursera le capital que le créancier s'est interdit d'exiger.

La rente viagère doit être servie jusqu'à la mort d'une personne : après cet événement, le débiteur est libéré ; le capital lui est acquis (*voyez* tit. 12, chap. 22).

1911 — La rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable.

Les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé.

= Le débiteur de la rente ne peut être contraint au rachat ; mais il eût été déraisonnable, de l'assujettir à perpétuité au payement d'une redevance périodique dont il ne pourrait jamais s'affranchir : aussi, le Code, appliquant aux rentes constituées à prix d'argent le principe consacré ailleurs, au sujet des rentes constituées pour prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de cette aliénation (530), déclare-t-il ces rentes *essentiellement* rachetables : le débiteur ne peut donc s'interdire la faculté de se libérer en remboursant le capital qu'il a reçu.

D'où il résulte : 1° que la faculté de rachat est toujours sous-entendue ; — 2° qu'elle est imprescriptible ; — 3° que la clause par laquelle le débiteur s'interdirait de racheter, rendrait le contrat nul, 4° qu'on réputerait non écrites celles qui tendraient à restreindre ou à gêner l'exercice de cette faculté ; — 5° que la clause par laquelle le débiteur s'obligerait, en cas de rachat, à donner quelque chose au delà de ce qu'il aurait reçu pour prix de la constitution de rente, vicierait également le contrat. (Pothier, n. 51, 52 et 53).

Toutefois, moins rigoureux que nos anciennes lois, qui n'admettaient la constitution de rente, que sous la réserve pour le débiteur de la faculté indéfinie de racheter, le Code permet de fixer un délai, avant l'expiration duquel cette faculté ne pourra être exercée : ce délai, qui, pour les rentes dont il est question dans l'art. 530, peut aller jusqu'à trente ans, est limité à dix années dans le cas prévu par l'art. 1911 : si les parties avaient fixé un terme plus long, ou si la convention portait que la rente ne pourra être rachetée dans aucun temps, on ne considérerait pas cette clause comme non écrite, assurément ; mais la liberté du débiteur ne serait enchaînée que pour dix années (arg. des art. 530 et 1660.) (1).

Les parties n'ont pu valablement stipuler, dans les contrats de constitution de rentes passés depuis la loi de 1807, un taux supé-

(1) Duvergier, n. 333. Dur. n. 611 t. 17, n. 158, t. 4. Troplong, n. 440. Zach. t. 3, § 398, n. 2. Merlin. Rép. v° Rente constituée, § 2, n. 2. Troplong, n. 440.

rieur à 5 pour 0/0 ; même sous prétexte que la dette, convertie en capital de rente, a eu pour cause des marchandises fournies ou des opérations de commerce : la dette, de commerciale qu'elle aurait été, serait devenue civile : la constitution de rente n'est pas un acte de commerce (1).

Le taux de la rente n'est limité que dans l'intérêt du constituant ; la loi n'entend point protéger l'aequéreur : libre à lui de payer par ex., 25 fr. pour avoir un fr. de rente ; c'est ce qui arrive fréquemment dans la pratique (2).

Bien que l'art. 1911 ne consacre point pour le créancier, comme le fait l'art. 530, la faculté de régler les clauses et conditions du rachat, il lui accorde la faculté d'imposer au débiteur l'obligation de l'avertir un certain temps d'avance, et implicitement, celle de stipuler que le remboursement n'aura lieu que dix ans après l'avertissement : il y a même raison de décider (Troplong, n. 437).

Toute personne tenue de la rente soit personnellement, même comme caution; soit hypothécairement, peut en effectuer le rachat (3). — Cette faculté appartient même au créancier hypothécaire du débiteur de la rente, postérieur en hypothèque au créancier de ladite rente; car il a intérêt au rachat, bien qu'il ne soit tenu ni personnellement, ni réellement. — Dans ces divers cas, la personne intéressée qui opère le rachat est légalement subrogée aux droits du rentier (1251).— Quant à celles qui n'ont point d'intérêt juridique au rachat, elles peuvent assurément rembourser le capital de la rente : mais ce paiement n'a point pour effet légal de les mettre, contre le débiteur, au lieu et place du rentier désintéressé (1236).

Le paiement doit être fait au créancier, à son fondé de pouvoir, ou entre les mains d'une personne autorisée par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le débiteur de la rente peut-il contraindre le créancier à recevoir un remboursement partiel? l'art. 1244 lui refuse cette faculté, l'obligation fût elle divisible.

Quelle est sous ce rapport la position des héritiers, soit du rentier, soit du débiteur de la rente? La question ne peut s'élever à l'égard des héritiers du créancier, puisqu'ils n'ont succédé que pour partie : en effet quel intérêt chacun d'eux a-t-il à exiger que le débiteur se libère vis-à-vis de ses cohéritiers?— Nous exceptons, bien entendu, le cas où le droit aurait été attribué à un seul par l'effet du partage. Celui auquel ce lot serait échu, se trouverait alors dans la même position que son auteur (883).

En ce qui touche les héritiers du débiteur, les opinions sont di-

(1) Troplong, n. 446. Chardon, Usure, n. 44. Dur. n. 603. Duvergier, n, 326 et 327. Rouen, 2 avril 1825. Cass. 26 août 1846. Dev. 1, 847 et 113.

(2) Troplong, n. 443. Merlin, Rép. v° Rente constituée, § 2, art. 1.

(3) Pothier, n. 176.

visées : il s'agit en réalité, disent quelques personnes, d'une dette mobilière : Le législateur considère la constitution de rente comme telle, puisqu'il a compris cette matière dans le chapitre du prêt à intérêt; or, les créanciers n'ont d'action personnelle contre chaque héritier, qu'en proportion de la part qu'il est appelé à recueillir dans la succession ; donc la libération peut être partielle (1).—Nous pensons néanmoins, qu'il faut admettre, même sous l'empire des lois nouvelles, la théorie contraire enseignée par Pothier (2). Gardons-nous, en effet, de confondre le droit de rente, considéré en lui-même, et la faculté de racheter : Le droit est divisible ; chacun des héritiers du créancier ne l'acquiert que pour sa part héréditaire; chacun des héritiers du débiteur n'est obligé que dans la même proportion. « Mais, dit Potnier (n. 120 et 190), quoique chaque héritier du débiteur de la rente, ne soit tenu personnellement que pour sa part héréditaire, il n'en faut pas conclure qu'il doive être admis à la racheter pour cette part : l'effet de la division de la rente, entre les héritiers du débiteur, n'est pas de faire d'une seu e rente plusieurs rentes ; c'est plutôt de faire qu'une rente qui était indivise en la personne du débiteur, devienne divisée en celles de ses héritiers qui n'en sont débiteurs chacun que pour leur part héréditaire : mais la faculté de racheter cette rente sous laquelle elle a été contractée ne se divise pas entre eux, cette faculté étant indivisible..... L'obligation de payer la rente se divise sans doute ; mais la rente ne peut souffrir de division dans sa nature, ni dans ses qualités. » — Ajoutons, que le remboursement du sort principal n'est en réalité que la résolution du contrat de constitution et qu'on ne résout pas un contrat pour partie : d'ailleurs comment pourrait-on remettre partiellement l'acheteur dans l'état où il se trouvait avant le contrat? Les art. 872, 1667 et 1670, nous démontrent au surplus que le législateur a été pénétré de cette pensée.

Vainement objecterait-on, que la constitution de rente étant aujourd'hui un prêt plutôt qu'une rente, il y a lieu d'appliquer les règles établies sur le remboursement des sommes prêtées : l'emprunteur contracte l'engagement de rendre ; tandis que le débiteur d'une rente n'est point tenu, en principe, de rembourser le capital versé entre ses mains.—Pour que les règles établies sur la divisibilité ou l'indivisibilité fussent applicables, il faudrait nécessairement qu'une obligation existât; or, cette obligation n'existe pas en matière de constitution de rente, puisque le rachat n'est que facultatif pour le débiteur (3).

La théorie que nous venons d'exposer, doit être modifiée dans les

(1) Delv. t. 3, p. 416. Zach. t. 3, § 398. Duvergier, n. 336. Dur. n. 613, t. 17.

(2) Pothier. Constitution de Rente, n. 190. Merlin. Rép., v° Rente constituée. § 9, n. 8. Troplong, n. 463.

(3) Pothier, Constitution de Rentes, n. 120 et 190. Toullier, n. 405. Troplong, n. 404 et suiv. Liége, 8 février 1815.

divers cas prévus par les art. 1912 et 1913; car le principal devient alors exigible (*voy.* ces articles).

Le rachat d'une rente constituée peut se faire :

1° Par le *remboursement* du capital.

Le capital à rembourser, est celui qui a été donné pour la constitution de rente : la convention qui obligerait le débiteur à restituer une somme plus forte, serait considérée comme usuraire.

Lorsque le capital n'est pas énoncé, on le détermine, en prenant pour base le taux établi par les lois qui existaient a l'époque où la rente a été constituée. — Dans le doute, la règle *semper in obscuris quod minimum est sequemur*, reçoit son application : le rachat doit avoir lieu sur le pied du denier vingt (1).

2° Par la *consignation*, lorsque le créancier a refusé de recevoir les offres : *obsignatio pro solutione est* (1257 et suiv.).

3° Par la *compensation*, lorsque le débiteur de la rente est devenu lui-même créancier d'une somme exigible : toutefois, la compensation ne s'opère pas de plein droit (1293); elle est seulement facultative : le débiteur de la rente peut bien l'opposer; mais le créancier n'a pas ce droit; autrement, il exigerait indirectement le remboursement du capital, faculté qui lui est interdite. — Il est bien entendu, que la compensation ne peut être partielle puisque le rachat ne peut avoir lieu pour partie (2).

Si c'était une rente, que le créancier fût tenu de servir, on ne pourrait le contraindre à souffrir la compensation du capital; car aucune des créances ne serait exigible.

Quant aux arrérages, ils se compensent de plein droit avec toute espèce de dette exigible, dès qu'ils sont échus (3).

Par exception, si le débiteur se trouvait dans un des cas exceptionnels prévus par l'art. 1912, où il peut être contraint au rachat, nul doute que le créancier serait en droit de lui opposer la compensation (4).

Les rentes constituées peuvent en outre s'éteindre, par la *remise*, par la *novation*, par la *confusion* et par la *prescription* (2262). — La prescription court du jour où la rente a été constituée (5).

— Le chapitre qui nous occupe, est exclusivement relatif aux rentes constituées moyennant un capital aliéné : l'art. 530 s'occupe de ceux qui ont pour cause le prix de la vente d'un immeuble ; quelles règles faut-il suivre à l'égard de celles qui sont la condition d'une transaction ou l'effet d'une libéralité? ces rentes sont elles rachetables? peut on leur appliquer le principe de l'art. 1911 sur les condi-

(1) Pothier. Traité du contrat de constitution de Rentes, n. 173. Duvergier, n. 368.

(2) Pothier, n. 204 et 205. Contrat de constitution de Rente. Toullier, n. 405. Troplong n. 468.

(3) Pothier, n. 204 et suiv. Oblig. n. 364. Duvergier, n. 335.

(4) Pothier, n. 204. Troplong, n. 467. Delv. t. 3, p. 215. Duvergier, n. 335. Dur. n. 410, t. 12, n. 630, t. 17. Toullier, t. 7, n. 404 et suiv.

(5) Cass. 5 août 1829.

tions du rachat? — Les obligations perpétuelles sont considérées comme contraires aux principes de liberté proclamés par la révolution: la faculté de rachat est le droit commun; il est dans l'esprit de la loi, de procurer aux débiteurs tous moyens de libération, quelle que soit l'origine de la rente et la chose dont elle est le prix. La somme à rembourser doit être fixée sur le pied du denier 20 (Duvergier, n. 362 et 363).

1912 — Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat.

1° S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années;

2° S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.

= L'aliénation du capital a pour cause la condition tacite que le débiteur remplira ses engagements: il est dès lors rigoureusement juste, de faire exception, dans les deux cas suivants, au principe que le débiteur d'une rente constituée ne peut être contraint au rachat:

1° *Lorsqu'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années.* — Cette disposition est amphibologique: prise à la lettre, elle signifierait que le créancier n'est recevable à exiger le remboursement de la rente, que dans le cas où le débiteur aurait laissé passer deux années, depuis l'exigibilité du premier terme, sans remplir ses obligations; de telle sorte que le remboursement ne pourrait être exigé que trois ans après la constitution de la rente: en effet, on ne peut dire qu'il s'est trouvé en retard pendant le cours de la première année, puisqu'il ne devait rien (1). — Evidemment, telle n'a pu être la pensée du législateur: il a voulu exprimer, que le créancier peut agir en remboursement, si le débiteur doit deux années d'arrérages.

Ces deux années doivent-elles être consécutives? Par ex.: le débiteur n'a point payé les arrérages de l'année 1830; il a payé ceux de 1831; il doit les arrérages échus en 1832: le créancier peut-il exiger le rachat, par cela seul que deux années lui sont réellement dues, quoiqu'il ait reçu les arrérages de l'année 1831? — Duvergier (n. 346) se prononce pour l'affirmative: « La loi, dit-il, ne porte pas que les deux années doivent être consécutives; le droit conféré au créancier, prend sa source dans le dommage qu'il éprouve; la raison pour prononcer la résolution est aussi puissante, lorsque les deux années sont séparées, que lorsqu'elles sont consécutives. » — Néanmoins, on décide généralement, que les deux années doivent être consécutives (2). C'est là au surplus, dit Troplong

(1) Troplong, n. 483. Dur. n. 167. Duvergier, n. 344. Zach. t. 3, p. 103, n. 4. Caen, 26 juin 1820. Cass. 12 novembre 1822.

(2) *Voy.* en ce sens Pothier. Oblig. n. 539, et Toullier, t. 7, n. 70.

(n° 484), une thèse d'école, sans intérêt dans la pratique; car le créancier n'acceptera certainement pas l'imputation sur les arrérages de l'année 1831, alors que ceux de 1830 lui sont encore dus.

Nul doute que le créancier renoncerait implicitement au droit que lui confère l'art. 1912, s'il acceptait cette imputation (1).

Que faudrait-il décider, si les arrérages étaient stipulés payables d'avance au commencement de chaque année? Le créancier pourrait se faire rembourser à partir du commencement de la deuxième année; car deux années d'arrérages seraient alors exigibles (2). —Remarquons en effet ces termes de la loi : « le débiteur peut être contraint au rachat, s'il a cessé de remplir ses obligations pendant deux années » : ils expriment clairement, que l'on doit considérer le nombre de termes échus, sans avoir égard au temps écoulé depuis l'exigibilité du deuxième (3).

Duranton (n. 206, t. 12), va plus loin : il accorde sans distinction au débiteur de deux termes, la faculté de se soustraire aux effets de la déchéance, en faisant offre d'un terme : « Le débiteur, dit-il, avait le droit de payer par partie, et il ne l'a pas perdu par le retard qu'il a mis à payer quelques termes. » — Cette opinion pourrait se soutenir, si la rente étant *quérable*, le débiteur faisait des offres avant que le créancier lui eût fait sommation : mais certes, elle est inadmissible, lorsque la rente est *portable*, ou en supposant qu'elle soit quérable, si une sommation de payer les arrérages a été signifiée (4).

On voit, combien il importe au créancier, de faire au fur et à mesure, dans les quittances, l'imputation des sommes qu'il reçoit.

En autorisant la demande en remboursement du capital, lorsque le débiteur d'une rente a laissé passer deux années sans remplir ses obligations, le législateur a entendu parler d'une absence totale d'exécution des engagements contractés : il suffit, pour écarter l'application de la loi, qu'un à-compte ait été reçu par le créancier; car on ne peut plus dire alors que le débiteur se trouve en retard de deux années.

Il en serait de même, s'il y avait sur les années précédentes, un excédant de paiement resté entre les mains du créancier, puisque cet excédant s'imputerait sur les arrérages dus pour les deux dernières années (5).

(1) Dur. t. 17, n. 618. Zach. t. 3, p. 102. Troplong, n. 484.

(2) Duvergier, n. 345. Bordeaux 11 juillet 1832. Dev. 33, 2, 256. Cass. 12 novembre 1822. Dall. n. 181.

(3) Zach. t. 3, p. 103, n. 4. Dur. t. 17, n. 617. Favard. Rép. v° Prêt, sect. 2, § 2, n. 9 bis. Duvergier, n. 344. — Cass. 12 novembre 1822. Bordeaux, 11 juillet 1832. Dev. 1832, 2, 256.

(4) Cass. 25 novembre 1839. Dev. 1840, 1, 252.

(5) Cass. 27 mai 1829.

Lorsque plusieurs années d'arrérages sont dues, les paiements faits par le débiteur s'imputent sur celles dont l'exigibilité remonte à l'époque la plus ancienne; cela n'est pas douteux (1).

Nous avons établi sous l'art. 1909, que le remboursement d'une rente est indivisible, lorsqu'il est offert par le débiteur; mais qu'il est divisible, lorsqu'il est exigé par le créancier (*voy. p.* 435);—jugé en conséquence, que si le débiteur est décédé, laissant plusieurs héritiers, dont les uns servent régulièrement les arrérages, tandis que les autres ne paient pas avec exactitude, le créancier ne peut exiger le remboursement que contre ces derniers, et seulement dans la proportion de leur part héréditaire (2).

La résolution du contrat de restitution de rente a-t-elle lieu de plein droit, par le seul fait du défaut de paiement de deux années d'arrérages? Aucune difficulté ne s'élève lorsqu'une clause résolutoire a été stipulée : on admet en doctrine et en jurisprudence, qu'après une mise en demeure, la résolution doit être nécessairement prononcée (3). Quelques arrêts ont même décidé, qu'une mise en demeure n'était pas nécessaire (4) (voyez sur l'effet de cette condition p. 737 t. 5, et Duvergier, louage t. 1er p. 169 et suiv.).

Libre aux parties de convenir, que la résolution aura lieu, faute de paiement des arrérages, lors même qu'ils seraient dus pour moins de deux années : la loi ne statue qu'à défaut de stipulations particulières.

La clause de résolution n'est pas simplement comminatoire; elle soumet le débiteur, en retard de payer les arrérages aux époques fixées, à toute la rigueur que comporte ses termes (Arg. des art. 1139 et 1656).

En dehors de toute clause spéciale, le délai est-il fatal? Le débiteur peut-il purger la demeure par des offres? peut-il obtenir un terme de grâce? Le créancier qui veut user de la déchéance prononcée par l'art. 1912, est-il dispensé de mettre le débiteur en demeure? Distinguons : la rente est *portable* ou elle est *quérable :*

Si la rente est *portable*, le créancier acquiert le droit au remboursement, par le seul fait du défaut de paiement des arrérages, encore qu'il n'ait pas mis le débiteur en demeure : *Dies pro homine interpellat.* — Peut être aussi le législateur a-t-il pensé, que dans des rapports qui se renouvellent tous les ans, et qui doivent durer indéfiniment, on devait user de sévérité contre le débiteur; car le crédi-rentier compte sur ses revenus.

(1) Pothier, oblig. n. 539. Toullier, t. 7 n. 70. Troplong, n. 484. Duvergier, n. 346.

(2) Pothier, n. 192. Troplong, n. 484. Zach. t. 3, p. 103. Liége, 8 février 1815.

(3) Merlin, Rép. vo, Rentes constituées § 10 n. 3. Paris, 22 novembre 1816. Nîmes, 22 août 1809. Bruxelles, 7 août 1811. Colmar, 6 décembre 1814.

(4) Cass. 2 décembre 1811. 19 août 1824. 20 novembre 1833. Dev. 1833. t. 864.

Vainement argumenterait-on de l'art. 1184, lequel porte, que nonobstant la condition résolutoire, toujours sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne remplira pas ses engagements, le contrat n'est point résolu de plein droit : Le contrat de constitution de rente n'est point synallagmatique ; mais unilatéral. D'ailleurs, il s'agit moins pour le créancier, d'obtenir la résolution du contrat, que d'être relevé de sa renonciation conditionnelle à la faculté d'exiger ce remboursement. La déchéance résulte des termes formels de la loi. — Le doute que l'article 1912 pourrait laisser sur ce point, serait levé par l'article 1913 : certes, on ne contestera point, que le débiteur est déchu de ses droits par le seul fait de sa faillite ou de sa déconfiture : or, cet article porte, que le capital d'une rente constituée en perpétuel devient *aussi* exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur. — Le mot *aussi*, exprime clairement, que l'un et l'autre cas, sont soumis à une même règle quant à l'exigibilité du capital ; que les articles 1912 et 1913 sont constitutifs d'un droit particulier (1).

Jugé, que le défaut de paiement de deux années d'arrérages donne au crédi-rentier le droit d'exiger le remboursement du capital, le jour même de la dernière échéance ; que ce droit est acquis au créancier, et qu'il ne peut lui être enlevé par des offres réelles faites tardivement (2).

Que le créancier a le droit de procéder *recta via* par les moyens légaux de contrainte, c'est-à-dire, par voie de saisie après commandement, s'il est porteur d'un titre exécutoire (3).

Que la règle reçoit son application même au cas de décès du débiteur, sans que le crédi-rentier ait besoin de faire signifier son titre à ses héritiers et nonobstant toutes offres réelles (4).

Enfin, il faut admettre, par une conséquence des mêmes principes,

(1) Zach. t. 3, p. 102. Troplong, n. 474. Dur. n. 616, 619 et 620. Delv. p. 201, n. 5. Toullier t. 8. n. 559. Duvergier, n. 342. Cass. 4 novembre 1812 ; 12 juillet 1813 ; 8 avril, 31 août, 10 novembre, et 16 décembre 1818 ; 12 mars 1819 ; 19 avril 1831. Dev. 31, 1,254 ; 5 décembre 1833. Dev. 34, 1, 300. Grenoble, 19 juillet 1827 ; 26 juin 1836. Dev. 1836, 1, 690 ; 2, novembre 1839. Dev. 1840, 1, 252. D. p. 1840, 1, 27. Pal. 1840, 1, 348. Cass. 9 août 1841. Dev. 1841, 1, 796. Pal. 41, 2. 317.—On a jugé, mais cette décision est contraire à l'esprit de la loi, que le capital devient exigible de plein droit, encore que la rente soit quérable. Douai, 17 novembre 1814. Aix, 19 novembre 1813, et 28 avril 1814. *Voy.* les notes de Devilleneuve sur ces arrêts.

(2) Cass. 8 avril 1818, 4 novembre 1812, 25 novembre 1839. Dall. n. 165, 12 juillet 1818, 10 novembre 1818. Rennes, 31 août 1814. Cass. 16 décembre 1818. Caen, 3 août 1827. Rouen, 27 février 1829. Limoges, 29 août 1839.

(3) Merlin, Rép. v° Rente constituée, t 10, n. 3. Troplong, n. 474. Demolombe, t. 1, n. 55. Delv. t. 3, p. 413. Dur. t. 17, n. 416. Zach. t. 3, p. 102. Toullier, t. 6, n. 559. Duvergier n. 352. Cass. 16 décembre 1818, 3 août 1827, 4 novembre 1812. Caen, 19 novembre 1812. Cass. 8 avril 1818. Aix, 28 avril 1813. Douai, 17 décembre 1814. Cass. 10 novembre 1818. On opposerait vainement les arrêts de la cour de Paris, 4 juillet 1832, et de Cass. 28 juin 1836. Dev. 1836, 1, 690.— Ces arrêts ont seulement jugé qu'un commandement ne constituait pas une mise en demeure.

(4) Cass. 9 août 1841. Dall. n. 165.

que l'art. 877 du Code civil d'après lequel le titre exécutoire ne peut être exécuté contre les héritiers du débiteur que huit jours après la signification à eux faite de ce titre, ne reçoit point d'application en matière de rente constituée (Dall. n. 165).

Toutefois, le droit conféré au créancier, d'exiger le remboursement du capital à défaut de paiement des arrérages pendant deux années, ne peut être exercé, lorsque c'est par son fait personnel que le débiteur a été empêché d'acquitter exactement les arrérages : Par exemple, en cas de changement de domicile, le créancier devra s'imputer de ne pas avoir notifié au débiteur l'élection d'un nouveau domicile dans le lieu où il demeurait au moment du contrat. Le juge prononce sur ce point eu égard aux circonstances (1).

Si la rente est *quérable*, c'est-à-dire, payable au domicile du débiteur, le créancier doit justifier par une sommation, que l'on s'est inutilement présenté à ce domicile pour recevoir le paiement des arrérages (2).

Il va sans dire, que l'huissier doit être porteur des pièces qui constatent les droits du créancier, et en outre, du pouvoir nécessaire pour donner quittance; autrement, on ne pourrait imputer au débiteur de ne pas s'être libéré (3).

Nous disons que le débiteur doit être mis en demeure par une sommation :

(1) Duvergier, n. 347. Troplong, n. 478. Rolland, v° Rembourseme. n. 47 et 190. Cass. 31 août 1818, 7 juillet 1825. Caen, 1er juin 1822, 13 avril 1824, 20 janvier 1820, 20 mars 1837. Dall. n. 166. Cass. 31 janvier 1815, 19 avril 1831. Dev. 1831, 1. 168 ; 5 décembre 1833. Dev. 17 janvier 1825, 1834, 1, 300. Bourges, 7 décembre 1826. Paris, 23 juillet 1831. Dev. 1833. 2, 621.

(2) Rolland, n. 45. Toullier, n. 559. Zach. t. 3, p. 103. Dur. n. 630. Troplong, n. 479 et suiv. Duvergier, n. 149. Dall. n. 169 et suiv. Cass. 10 novembre 1818, 12 mai 1819. Grenoble, 17 juillet 1813. Amiens, 26 janvier 1825. Caen, 3 août 1827. Riom, 4 août 1826. Cass. 31 décembre 1834. Aix, 10 décembre 1836. Dev. 1837, 2, 120. Pal. 1837, 1, 361. Caen, 20 mars 1839. Dev. 1839, 2, 431. Poitiers, 19 août 1835. Dev. 1835, 2, 511. Cass. 28 juin 1836. Dev., 1836, 1, 690.—Jugé cependant, que le débiteur d'une rente quérable, mis en demeure par une sommation, jouit encore d'un délai moral pour se libérer. Riom, 31 juillet 1817. Amiens, 15 décembre 1821. Metz, 6 novembre 1812. Cass. 14 juin 1814. Caen, 20 mars 1839. Dev. 1839, 2, 431. Aix, 10 décembre 1836. Dev. 1837, 2, 120. Pal. 1837, 1, 361. *Voy.* en outre en ce sens Proudhon, Domaine privé, t 2, n. 230.—La cour de Bourges, 7 décembre 1826, a même admis, que les offres faites par le débiteur, dans la huitaine qui a suivi la sommation, ont pu être déclarées valables : mais ces arrêts sont fondés sur des considérations de faits, et ne peuvent faire jurisprudence.—Lorsque la rente est quérable, la sommation place le débiteur dans la position où il se trouverait si la rente était portable: Cet acte n'a pas pour but de mettre le débiteur en demeure ; mais de constater le fait que le créancier s'est présenté pour recevoir, et qu'il n'a pas été payé. Le débiteur était averti par son contrat : il devait se tenir en mesure. (Favard, v° Prêt, sect. 2, § 2 n. 8.) Troplong, n. 482. Toullier, n. 559, t. 6. Dur. t. 17, n. 620. Cass. 12 mai 1819, 14 juin 1814, 10 novembre 1818. Poitiers, 19 août 1835. Dev. 1835, 2, 511. Dall. n. 178.

(3) Troplong, n. 480. Duvergier, n. 350. Toullier, n. 559. Cass. 14 juin 1814. Riom, 4 août 1826. Pau, 4 juillet 1832. Dev. 1836, 1, 691. Angers, 23 mai 1822. Cass. 3 décembre 1838. Pal. 1839, 1, 307.

Jugé, qu'un commandement de payer les arrérages ne produit pas cet effet, si l'huissier n'a pas déclaré qu'il avait mandat spécial de recevoir (1).

Qu'en supposant même l'huissier porteur des pièces nécessaires pour donner quittance, le débiteur ne serait pas constitué en demeure par le commandement qu'on lui ferait de solder les arrérages échus et le capital, attendu qu'il y aurait en ce cas plus-pétition (2).

Nous poserons en principe, que la rente est toujours *quérable*, ors même que le débiteur est domicilié dans le même lieu que le créancier, à moins de stipulation contraire (Arg. de l'art. 1247) (3).

En accordant au créancier la faculté d'exiger le rachat pour cette cause, la loi n'entend pas lui interdire le droit d'exercer des poursuites pour les arrérages, avant l'expiration des deux années : notre article suppose même que ces poursuites ont été infructueuses.

L'exécution du contrat se règle par la loi existante au moment où cette exécution est réclamée ; or, la résolution a pour cause, dans l'espèce, un fait d'inexécution.

2° *Lorsqu'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat constitutif de la rente :* par ex., s'il n'accomplit pas l'obligation qu'il a contractée, de donner, pour sûreté de la rente, une caution ou une hypothèque : c'est là un point de fait abandonné à l'appréciation des tribunaux; il n'y a pas lieu au recours en cassation (4).

Il doit en être de même, quoique la loi n'ait pas prévu ce cas, lorsqu'il diminue par son fait les sûretés qu'il avait données *par le contrat* (Arg. des art. 1912, 2131, 2020, 1188) (5) : Par ex., s'il dégrade les immeubles, détruit les maisons, coupe des futaies, s'il tombe en faillite ou en déconfiture, etc. (6).

La diminution des sûretés n'est pas une cause de résolution, lorsqu'elle a eu lieu par cas fortuit ou par force majeure, à moins que

(1) Aix, 10 décembre 1836. Pal. 1837, 1, 361. Dev. 1837, 2, 120. Pal. 1837, 1, 361. Cass. 28 juin 1836. Dall. n. 169. Dev. 1836, 1, 690. Pal. 1837, 1, 57.

(2) Angers, 23 mai 1838. Dall. n. 170. Caen, 20 mars 1839.

Il a été jugé qu'une citation en conciliation au bureau de paix, donnée par le créancier d'une rente quérable, au débiteur en retard de deux années d'arrérages, équivaut à une sommation ; de telle sorte que si le débiteur ne se libère pas avant l'assignation devant le tribunal, il y a lieu au remboursement du capital. Riom, 4 août 1826.—Jugé en outre, qu'une demande judiciaire est une mise en demeure suffisante. Rennes, 11 avril 1815.—Mais l'une et l'autre décisions nous semblent difficiles à concilier avec le principe généralement admis, que le débiteur mis en demeure de payer les arrérages dont il est tenu, ne peut échapper par des offres au remboursement du capital de la rente. Cass. 14 juin 1814. Grenoble, 19 juillet 1827.

(3) Toullier, t. 7, n. 93. Duvergier, n. 344. Grenoble, 19 juillet 1827. Caen, 3 août 1827.

(4) Cass. 23 mars 1825, 4 décembre 1832. Dall. n. 188.

(5) Dur. t. 17, n. 628. Toullier n. 552 et suiv. t. 6. Duvergier, n. 339. Zach. p. 103. Cass. 9 janvier 1810. Paris, 11 février 1815. Cass. 4 décembre 1832. Pau, 23 août 1834. Dev. 1835, 2, 120. Poitiers, 11 juin 1819, 28 décembre 1831. Dev. 1832, 2, 636.

(6) Pothier, n. 49. Dur. n. 627. Zach. t. 3, § 399. Troplong, n. 490. Cass. 12 juillet 1813.

l'événement n'ait été occasionné par une faute du débiteur (1).

Au surplus, la déchéance n'est pas encourue de plein droit : le tribunal peut même, suivant les circonstances, accorder au débiteur un délai, pour donner les sûretés promises, ou pour remplacer celles qu'il a diminuées par son fait (1188) (2).

On admet généralement le débiteur à fournir des sûretés nouvelles, lorsque celles qu'il a données ont péri en tout ou en partie sans sa faute (arg. de l'art. 2131).

La loi suppose évidemment que les deniers ont été délivrés au débiteur avant qu'il ait donné les sûretés : en effet, si le créancier a gardé le prix, la rente n'existe pas encore.

Le remboursement du capital d'une rente constituée est un fait indivisible, en ce sens que les héritiers du débiteur ne peuvent contraindre le créancier à recevoir un remboursement partiel : mais libre au créancier, d'agir séparément contre chacun des héritiers du débiteur, pour les contraindre en proportion de leur part héréditaire : l'action est divisible (Pothier, n. 192) (3). Voyez nos observations sur l'art. 1911. (Pag. 438 et suiv.)

— L'art. 1912 est-il applicable aux rentes constituées pour prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession d'un fonds immobilier? — Suivant quelques auteurs, il n'y a plus aujourd'hui de rentes foncières; néanmoins, on ne saurait soutenir que toutes différences entre les rentes établies pour le prix de la vente d'un immeuble et celles qui sont constituées moyennant l'aliénation d'un capital en argent se trouvent effacées (voyez nos observ. sur l'art. 1909 p. 435) : Ainsi la faculté de rachat peut être suspendue pendant 30 ans, pour les rentes foncières (530); tandis qu'elle ne peut l'être que pendant dix ans pour les rentes constituées (1911).—Le système contraire conduirait à cette circonstance inadmissible, que le débiteur de la rente, devra restituer l'immeuble, pour éteindre la rente qu'il s'est obligé à servir. — L'art. 1912, nous le répétons, suppose le cas de constitution de rentes à prix d'argent; cette disposition est spéciale; or, ces sortes de dispositions doivent être renfermées dans leurs termes; — il faut appliquer aux rentes foncières les règles de l'art. 1654 (4).

Le débiteur d'une rente peut-il être contraint au remboursement du capital, lorsqu'il aliène tout ou partie des biens hypothéqués, pour un prix inférieur au capital de la rente? Est-ce là diminuer les sûretés données au créancier? — Plusieurs cours ont décidé que les sûretés étaient diminuées, par cela seul que la vente donnait à l'acquéreur le droit de purger et exposait ainsi le créancier à recevoir un remboursement partiel? (5) — mais le système contraire est admis par la doctrine. On fait remarquer, qu'il ne faut pas confondre la possibilité de diminution des

(1) Pothier n° 47 et 48. Troplong n. 492.

(2) Dur. n. 626. Toullier, n. 650 et suiv. Duvergier, n. 339.

(3. Zach. t. 3, § 398. Dall. n. 184. Liége, 8 février 1815.

(4) Troplong, n. 488. Dur. t. 4, n. 147 et suiv. t. 17, n. 622. Delv. p. 201, n. 5. Duvergier n. 365. Cass. 5 mars 1817 28 juillet 1824. Caen, 13 mars 1815. Bourges, 12 avril 1824. Paris, 8 janvier 1825.

(5) Cass. 9 janvier 1810, 4 mai 1812, 21 décembre 1829, 9 janvier 1810. Paris, 21 janvier 1814. Poitiers, 11 juin 1819, 28 décembre 1831. Dev. 1832, 2, 32. Pau, 23 août 1834. Dev. 1885, 2, 120, Cass. 4 décembre 1832. Dev. 1833, 1, 398. Ce dernier arrêt ne tranche pas la question, il porte qu'il n'y a pas lieu à cassation attendu que la cour de Caen a statué en fait.

sûretés, avec la diminution effective, et qu'il y a seulement possibilité de diminution, tant que l'acquéreur n'a pas purgé (1).— Nous reviendrons sur cette question au titre des hypothèques (voyez nos observations sur l'art. 1188).

La disposition de l'art. 1912 est-elle applicable en matière de prêt? ~ Il a bien fallu, dit Dur. (t. 17 n. 623), venir au secours du créancier d'une rente qui ne peut exiger son remboursement et qui n'est pas payé des arrérages; mais un prêteur ordinaire n'est pas dans le même cas : il peut contraindre le débiteur à payer dès que l'époque fixée est arrivée (2).

Cette disposition est-elle applicable, lorsque la rente a été créée pour prix d'objets mobiliers fongibles, autres que du numéraire, ou comme condition d'une transaction? ~ L'art. 1912, ne prévoit que le cas de constitution en numéraire; il est exceptionnel; donc il ne peut recevoir d'extension (3).

La disposition exceptionnelle du § 2 de l'art. 1912 est-elle applicable lorsqu'il s'agit de rentes constituées à titre gratuit? ~ Pour l'affirmative, on dit que le Code ne distingue pas entre les rentes constituées à titre gratuit et celles qui sont constituées à titre onéreux; qu'aux termes de l'art. 1913, la rente constituée par don et legs, devenant exigible en cas de faillite du donataire, il n'y a pas de raison pour écarter l'application de l'art. 1912. ~ Mais le système contraire nous paraît mieux fondé : l'art. 1912 est exceptionnel ; il faut donc restreindre ses effets au cas prévu (*Odia restringenda*) : Or, cet article suppose, que la rente a été constituée à titre onéreux, puisqu'il parle du débiteur qui ne fournit pas au prêteur les sûretés promises. — D'ailleurs, le système contraire conduit à des résultats inadmissibles: en effet la résolution replace les parties dans l'état où elles se trouvaient lors du contrat; or, qu'arriverait-il si l'on appliquait ce principe, lorsque la rente est constituée à titre gratuit? Le donateur se trouverait affranchi de l'obligation de servir la rente; il recevrait la récompense du manquement à ses engagements. — Que le donataire poursuive le donateur en payement des arrérages, soit; mais il ne peut rien exiger au delà. — Au surplus, on ne peut placer sur la même ligne, celui qui cède à une inspiration généreuse et celui qui reçoit l'équivalent de ce qu'il donne ou fait: l'équité ne le permet pas (4). — Toutefois, nous déciderions autrement, si la donation était faite avec charges, ou si elle était faite en faveur du mariage; car elle se rapprocherait alors de la rente constituée moyennant un prix. — Dans l'un et l'autre cas, la donation serait onéreuse (5).

Peut-on du moins appliquer au débiteur d'une rente de don ou legs, la disposition de l'art. 1912 § 1er, qui accorde au crédi-rentier le droit d'exiger le rachat pour défaut de payement des arrérages pendant deux années? ~ La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative, par les raisons que nous avons déduites sur la question précédente (6): mais cet arrêt ne peut faire jurisprudence; il conduit à des conséquences inadmissibles. Nous persistons à penser que l'art. 1912 s'applique uniquement aux rentes constituées à titre onéreux. (7)

Quid, si c'était l'héritier grevé de la rente par le donateur qui fît disparaître le gage assigné à la rente? ~ Le créancier pourrait exiger le remboursement: ce serait là un mode de payement nécessité par la faute du débiteur.—Toutefois, si l'héritier rétablissait promptement les sûretés promises, on ne devrait point avoir égard à la demande en remboursement : l'héritier du donateur ne doit pas être traité avec

(1) Toullier, t. 6, n. 666 et 667. Dur. t. 11, n. 119 et suiv. t. 17, n. 628. Delv. t. 2 p. 492. Troplong, Hyp. t. 2, n. 544. Duvergier, n. 341. Paris, 11 février 1815.

(2) *Voy.* en outre Duvergier, n. 354 et Toullier, t. 6, n. 250.

(3) Duvergier, n. 364.

(4) Duvergier, n. 364. Dur. n. 622. Troplong, n. 486 et 494.

(5) Troplong, n. 494. Pothier n. 48.

(6) Merlin, Rép. v° Rente de don et legs. Cass. 12 juillet 1813.

(7) Troplong, n. 486. Dur. t. 17, n. 622. Duvergier, n. 364.

la même rigueur que le vendeur de la rente ; l'art. 1912 ne règle pas positivement cette hypothèse. — Le juge statuerait par analogie des art. 1230 et 1231 (Troplong, n. 495).

1913 — Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur.

= Il a été jugé, par application de cet article, que le créancier d'une rente constituée, a le droit d'agir en remboursement de son capital, contre l'héritier qui n'accepte la succession du débiteur que sous bénéfice d'inventaire; attendu que l'acceptation bénéficiaire suppose l'état de déconfiture (1). — Cependant, on ne saurait admettre cette décision, lorsque l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est forcée; ce qui a lieu en cas de minorité des héritiers.

1914 — Les règles concernant les rentes viagères sont établies au titre *des Contrats aléatoires.*

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DU TITRE X.

DU PRÊT.

Sommaire. P. 365.

Art. 1874. — Combien distingue-t-on de sortes de prêts? P. 366.

CHAPITRE I.

Du prêt à usage.

SECTION I.

De la nature du prêt à usage.

Sommaire. — Caractères du prêt à usage. P. 367.

Art. 1875. — Quest-ce que le commodat ou prêt à usage?— Quels sont ses caractères essentiels? — Quel est l'effet de la promesse de prêter à usage? P. 368. — Quelles sont les choses qui peuvent être l'objet de ce contrat? — Est-il nécessaire que le prêteur soit propriétaire de la chose? — Quelles règles doit-on suivre sur la capacité soit de prêter, soit d'emprunter? — Par quels moyens peut-on établir la preuve du prêt à usage? P. 374.

Questions. — Le créancier gagiste est-il censé faire un prêt, lorsqu'il autorise le débiteur à se servir de la chose donnée en gage? P. 375.

Art. 1876. — La gratuité est-elle de l'essence ou de la nature du prêt à usage? P. 375.

Art. 1877. — Le prêteur cesse-t-il d'être propriétaire? P. 375.

(1) Cnatot. success. art. 806, Riom, 16 mai 1829.

Art. 1878. — Quelles sont les choses qui peuvent être l'objet du prêt? P. 375.

Art. 1879. — Les engagements qui résultent du commodat, sont-ils héréditairement transmissibles P. 376.

SECTION II.

Des engagements de l'emprunteur.

Sommaire. P. 376.

Art. 1880. — Quelles sont les obligations imposées à l'emprunteur? P. 378. — *Quid*, si la chose a été volée? P. 379. — *Quid*, si elle a péri par cas fortuit ou par force majeure? P. 380. — La règle qui met à la charge du prêteur la perte arrivée dans ces deux derniers cas, ne souffre-t-elle pas quelques exceptions? P. 380. — L'emprunteur peut-il acquérir par prescription la chose qui lui est prêtée? P. 381. — Dans quel lieu doit-elle être restituée? P. 381.

Art. 1881. — Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, la perte survenue par cas fortuit ou par force majeure, est-elle supportée par le prêteur ou par l'emprunteur? P. 383. — La seule échéance du terme suffit-elle pour mettre les cas fortuits à la charge de l'emprunteur? P. 383.

Art. 1882. — Sur quelles considérations la loi se fonde-t-elle, pour mettre la perte à la charge de l'emprunteur, lorsqu'il aurait pu garantir la chose en employant la sienne propre, ou si ne pouvant conserver que l'une des deux, il a conservé la sienne? — Est-il nécessaire, pour qu'il soit soumis à cette responsabilité, qu'il y ait mauvaise foi ou du moins faute de sa part? P. 384. — *Quid*, si l'emprunteur a laissé périr une chose de peu de valeur qui lui était prêtée, pour sauver ses papiers ou des meubles précieux? P. 385. — L'emprunteur peut-il prétendre à une indemnité, s'il a laissé périr sa chose pour sauver celle qui lui a été prêtée? P. 386.

Art. 1883. — L'estimation de la chose suffit-elle pour mettre les cas fortuits et les accidents de force majeure à la charge de l'emprunteur? P. 386. — Quelle était sur ce point la règle de notre ancienne jurisprudence? P. 386. — *Quid*, s'il est dit que l'estimation n'a pas pour but de mettre les cas fortuits à la charge de l'emprunteur? P. 386.

Art. 1884. — L'emprunteur est-il tenu de la détérioration causée par le seul effet de l'usage? P. 387. — *Quid*, si la détérioration provient de son fait? P. 387.

Art. 1885. — L'emprunteur peut-il retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit? P. 387. — Le prêteur a-t-il cette faculté? P. 388. — L'emprunteur a-t-il le droit de rétention, pour sûreté du remboursement des impenses nécessaires qu'il a faites? P. 388.

Questions. — La compensation légale a-t-elle lieu, si l'obligation de restituer se trouve, par la faute de l'emprunteur, convertie en dommages-intérêts? P. 389.

Art. 1886. — L'emprunteur peut-il répéter les impenses qu'il a faites pour user de la chose? P. 389.

Art. 1887. — Si plusieurs personnes ont emprunté conjointement la même chose, sont-elles solidairement responsables de la perte arrivée par la faute de l'une d'elles? — *Quid*, si l'un des emprunteurs est mort laissant plusieurs héritiers? — S'il existe plusieurs prêteurs, l'emprunteur peut-il agir solidairement contre eux, en remboursement des impenses qu'il a faites pour conserver la chose? P. 390.

SECTION III.

Des engagements de celui qui prête à usage.

Sommaire. P. 390.

Art. 1888. — Quelles sont les obligations que s'impose le prêteur? — *Quid*, s

l'emprunteur est troublé par un tiers? — L'emprunteur n'est-il pas fondé, en certains cas, à réclamer la chose avant le terme convenu pour la durée du prêt? P. 391.

Art. 1889. — Sous quelles conditions l'emprunteur est-il admis à réclamer la chose prêtée, en se fondant sur ce qu'il a besoin de cette chose? P. 392.

Art. 1890. — L'emprunteur peut-il répéter les impenses qu'il a faites pour conserver la chose? — Sous quelles conditions est-il admis à former cette demande? P. 393.

Art. 1891. — Le prêteur est-il responsable du dommage que les vices de la chose ont causé à l'emprunteur?

CHAPITRE II.

Du prêt de consommation ou simplement prêt.

SECTION Ire.

De la nature du prêt de consommation.

Sommaire. P. 394.

Art. 1892. — Quelles sont les conditions essentielles du prêt de consommation? P. 396.

Questions. — Le *mutuum* se forme-t-il, si l'une des parties a livré à titre de donation, une chose que l'autre croit avoir reçue à titre de prêt? P. 397.

Art. 1893. Quelles conséquences doit-on tirer du principe que le prêteur est tenu de rendre l'emprunteur propriétaire? P. 398. — *Quid*, si le prêteur n'était pas propriétaire? p. 398 Ou s'il était incapable d'aliéner ou de s'obliger? p. 399. Si l'emprunteur est incapable de s'obliger? La simple déclaration de majorité faite par le créancier, suffirait-elle pour mettre obstacle à la restitution. P. 400.

Art. 1894. — Peut-on donner des animaux à titre de prêt de consommation. P. 401.

Art. 1895. — Lorsqu'un prêt d'argent a eu lieu, doit-on considérer la monnaie, pour fixer le montant de la restitution, suivant sa valeur au temps du remboursement, ou suivant celle qu'elle avait au temps du prêt? P. 402.

Questions. — *Quid*, si l'on a prêté un certain nombre de pièces de monnaie d'une certaine espèce, en stipulant que l'emprunteur sera tenu de rendre le même nombre de pièces de la même espèce? P. 402.

Art. 1896 et 1897. — Comment doit s'opérer la restitution, quand le prêt s'est fait en lingots? P. 403.

SECTION II.

Des obligations du prêteur.

Sommaire. P 403.

Art. 1898. — Si la chose prêtée a des vices, le prêteur en est-il responsable dans le prêt de consommation, comme dans le prêt à usage? P. 404.

Art. 1899. — Le prêteur pourrait-il redemander la chose prêtée avant le terme convenu, en justifiant d'un besoin pressant et imprévu? P. 404.

Art. 1900 et 1901. — *Quid*, s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution? — Si le terme avait été fixé, le juge pourrait-il néanmoins accorder des délais au débiteur? — *Quid*, s'il a été dit que le prêteur pourra exiger la restitution *à volonté*? P. 404. — *Quid* s'il est dit que l'emprunteur restituera, *quand il pourra ou quand il en aura les moyens*? P. 404.—*Quid*, si la solvabilité de l'emprunteur a diminué depuis le prêt? P. 405.

SECTION III.

Des engagements de l'emprunteur.

Sommaire. P. 405.

Art. 1902. — Comment la restitution doit-elle s'opérer? — A quelle époque? — L'emprunteur peut-il payer avant l'expiration du terme. — S'il ne paie pas au terme fixé, doit-il indemniser le prêteur de la diminution de valeur que les choses ont éprouvée depuis? — Dans quel lieu doit-il restituer? — *Quid*, s'il n'a rien été dit sur le lieu où la restitution doit se faire? P. 407.

Questions. — Ne pouvant prêter une somme d'argent, je livre à l'emprunteur une chose pour la vendre : cette chose périt avant d'être vendue : pour qui périra-t-elle? P. 407.

Art. 1903. — L'emprunteur a-t-il la faculté de se libérer en argent, au lieu de rendre des choses de la même nature que celles prêtées? — Ne faut-il pas établir une distinction? P. 407.

Art. 1904. — L'emprunteur doit-il l'intérêt des choses prêtées, bien qu'il n'y ait pas eu originairement de stipulation d'intérêts? P. 408.

Questions. — L'art. 1904 prévoit le cas où le prêt contiendrait un terme fixé pour la restitution : que devrait-on décider si les parties n'étaient convenues d'aucun terme. P. 409.

CHAPITRE III.

Du prêt à intérêt.

Sommaire. P. 409.

Art. 1905. — Toute espèce de choses peuvent-elles être l'objet du prêt à intérêt. P. 413.

Art. 1906. — L'emprunteur pourrait-il répéter les intérêts qu'il a payés s'ils n'étaient pas stipulés? P. 413.

Art. 1907. — Combien distingue-t-on de sortes d'intérêts? P. 413. — L'obligation de payer des intérêts se présume-t-elle? — Que signifient ces mots du deuxième alinéa de l'art. 1909 : Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit? P. 413.

Loi de 1807 *qui règle le taux de l'intérêt.*

Texte et commentaire. P. 416.

Questions. — Lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée, a condamné le débiteur à payer une somme d'argent, sans que la question d'usure ait été agitée, le prêt peut-il ensuite être attaqué pour cause d'usure? P. 427.

L'exception de la chose jugée peut-elle être opposée au ministère public, agissant pour la répression du délit? P. 427.

Peut-on, pour un prêt en numéraire, stipuler des intérêts en denrées, *aut vice versa*? P. 427.

Peut-on stipuler des intérêts en denrées, lorsque le prêt a eu pour objet des deniers? P. 427.

Art. 1908. — Quel est l'effet de la quittance du capital donnée sans réserve des intérêts? P. 428.

Questions. — La présomption légale qui résulte de l'art. 1908, est-elle du nombre de celles qui excluent la preuve contraire? P. 429.

Art. 1909. — *Des rentes constituées.* P. 429. — Quelles sont les différences entre le prêt à intérêt et la rente constituée? — Comment établir la preuve de la rente? P. 431 et 432.

Comment s'établit la preuve du contrat de constitution de rente? — La rente

peut elle s'acquérir par prescription? — Quelle conséquence doit-on tirer du principe que le capital de la rente ne peut être exigé? P. 433. — Les arrérages de la rente peuvent-ils consister indifféremment en deniers ou en une somme d'argent? — Que doit-on décider à cet égard en ce qui touche le capital de la rente. P. 434. — La prestation des arrérages est-elle divisible? — Par quel laps de temps se prescrivent-ils? Les quittances de trois années consécutives d'arrérages établissent-elles une présomption légale de payement des années précédentes? — Les rentes foncières telles qu'elles existaient autrefois sont-elles maintenues par le Code? — Sous quels rapports diffèrent-elles des rentes constituées? P. 435. — Quels sont leurs points de ressemblance? — Les parties peuvent-elles convertir une rente foncière en rente constitutive? P. 436. — Les rentes peuvent-elles être constituées a titre gratuit? En ce cas sont-elles rachetables? p. 436.

Questions. — Quel serait l'effet d'une clause portant que l'acquéreur d'une rente ne payera tout ou partie du prix qu'à sa volonté? P. 436.

Verrait-on le délit d'usure, dans le fait du transport d'une rente pour un prix inférieur au capital? P. 436.

Art. 1910. — De combien de manières une rente peut-elle être constituée à titre onéreux? P. 436.

Art. 1911. — Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut-il être contraint au rachat?—Peut-il se réserver la faculté de se libérer?—Le créancier peut-il stipuler que le débiteur ne pourra user de cette faculté avant l'expiration d'un certain temps? — Peut-il se réserver la faculté de règler les clauses et conditions du rachat?—P. 437. Quelles personnes ont qualité pour exercer le rachat? — Le débiteur peut-il contraindre le créancier à recevoir un remboursement partiel? — Quelle est, sous ce rapport, la position des héritiers soit du créancier, soit du débiteur? P. 438. — Comment s'opère le rachat des rentes constituées? P. 440.

Questions. — L'art. 1911 est-il applicable au cas où les rentes sont constituées comme condition d'une transaction ou par un acte de libéralité. P. 440.

Art. 1912. — La règle qui déclare la rente non rachetable ne souffre-t-elle pas deux exceptions? — *Quid*, si le débiteur cesse de remplir ses obligations pendant deux années? — P. 441. *Quid*, s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises? P. 442.

Questions. — L'art. 1912 est-il applicable aux rentes constituées pour prix de la vente d'un immeuble? P. 447.

Le débiteur est-il réputé diminuer les sûretés promises au créancier, lorsqu'il aliène tout ou partie des biens hypothéqués, pour un prix inférieur au capital de la rente? P. 447.

La disposition de l'art. 1912, est-elle applicable en matière de prêt? P. 448.

Est-elle applicable lorsque la rente a été créée pour prix d'objets mobiliers fongibles autres que du numéraire ou comme condition d'une transaction? P. 448.

Est-elle applicable lorsqu'il s'agit de rentes constituées à titre gratuit? P. 448.

Le créancier peut-il exiger le remboursement de la rente si l'héritier du débiteur fait disparaître les sûretés qui garantissent ce droit. P. 448.

Art. 1913. — L'héritier du débiteur de la rente constituée, peut-il être contraint au rachat, s'il a accepté la succession de son auteur sous bénéfice d'inventaire? Doit-on assimiler cet état de choses au cas de faillite ou de déconfiture du débiteur? P. 449.

Art. 1914. — Renvoi aux contrats aléatoires pour l'exposé des règles concernant les rentes viagères.

TITRE 11.

DU DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE.

(Décret du 14 mars 1804; prom. le 24 du même mois.)

CHAPITRE PREMIER.

DU DÉPÔT (1) EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES ESPÈCES.

Le mot *dépôt* a deux acceptions : tantôt il exprime le contrat lui-même (1942); tantôt il indique la chose déposée (1944).

Pris dans le premier sens, le dépôt est de la classe des contrats de *bienfaisance*, puisqu'il a pour but l'intérêt de l'une des parties : la gratuité est même de son essence : — il est *réel*, car il ne se forme que par la tradition : — il est *unilatéral imparfait* (2); car le dépositaire seul s'oblige principalement : les obligations du déposant ne peuvent être que secondaires.

Ce contrat n'est soumis, pour sa validité, à aucune forme particulière : l'écriture n'est pas exigée pour la perfection de l'acte; mais uniquement pour la preuve.

Ce titre est divisé en trois chapitres :

Le premier traite du dépôt en général et de ses diverses espèces ;

Le deuxième, du dépôt proprement dit;

Le troisième, du séquestre.

1915 — Le dépôt, en général, est un acte (3) par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.

= Plusieurs conditions sont de l'essence du dépôt :

1° *La tradition* : Le dépôt est un contrat *réel* : — *Cùm ne cus-*

(1) Le mot *dépôt*, *depositum*, est composé de *positum* et de la préposition *de*, qui augmente la force du verbe ; ce mot indique le placement d'une chose sous la garde d'une personne.

(2) *Voy.* art. 1103.

(3) Le mot *acte*, convient mieux ici que l'expression *contrat*; car la définition comprend également le *séquestre*, sorte de dépôt qui ne suppose pas toujours une convention (V. art. 1961).

todiri quidem possit nisi tradita. — La promesse de recevoir une chose en dépôt est obligatoire sans doute; car dans notre droit, *solus consensus obligat.* Mais cette convention n'est qu'un contrat innommé, susceptible de donner lieu à des dommages-intérêts contre le dépositaire, s'il refuse de recevoir la chose; elle ne se convertira en dépôt qu'au moment de la remise. — La remise peut être *fictive;* par ex., si la chose se trouve déjà entre les mains du dépositaire.

2° Il faut que cette tradition ait eu pour fin la *garde*, c'est-à-dire la détention matérielle *de la chose*; autrement, le contrat constituerait, suivant les cas, une donation, une vente, un mandat, un louage ou un prêt: *Est conventio quâ id agitur ut rem meam custodias et mihi possideas, non tibi, eamque mihi reposcenti custodias* (1).— Ex.: Je confie une chose à une personne, avec mission d'en faire un emploi que je lui indique : ce contrat n'est pas un dépôt; mais un mandat ou un louage de services; car il n'impose pas la charge de garder et de restituer.

3° Le dépositaire doit s'obliger à *restituer* la chose identiquement; autrement, le dépôt se confondrait avec la vente ou avec le prêt de consommation suivant les cas.

1916 — Il y a deux espèces de dépôts; le dépôt proprement dit, et le séquestre.

= Le *dépôt*, proprement dit, peut être fait par plusieurs personnes; mais il faut que ces personnes aient le même intérêt.

Le *séquestre* a lieu, lorsqu'une chose litigieuse est placée sous la garde d'un tiers, pour être restituée à la partie qui sera jugée devoir l'obtenir.

CHAPITRE II.

DU DÉPÔT PROPREMENT DIT.

Le *dépôt*, proprement dit, est un contrat par lequel une chose (corporelle) est confiée à une personne qui s'oblige gratuitement, à la garder et à la rendre dans son individualité à première réquisition.

La chose doit être *mobilière et corporelle :* les immeubles ne peuvent être l'objet du dépôt.

Le déposant doit être propriétaire de la chose déposée, ou du moins, avoir le droit de détenir cette chose à un titre quelconque (1922). — Il faut entendre cette règle en ce sens, que le dépôt fait *a non domino* ne peut être opposé au propriétaire de la chose déposée; que le dépositaire n'a point contre ce dernier l'action *depo-*

(1) Cujas sur la loi 24 ff *Depositi.*

siti contraria ; mais, le contrat produit ses effets entre le déposant et le dépositaire (1928).

Observons ici, qu'on ne peut donner une chose à titre de dépôt à celui qui en est propriétaire (1946).

Toutefois, « l'usufruitier d'une chose, dit Pothier (n° 4), celui à qui elle a été donnée en nantissement, ou autre qui a le droit de la détenir, peut valablement la donner à titre de dépôt au propriétaire. »

Le dépositaire doit restituer à première réquisition: — Le terme convenu est présumé stipulé dans l'intérêt du déposant : libre à lui de ne pas en user.

Le déposant et le dépositaire doivent être capables de donner un consentement valable : C'est là une règle commune à tous les contrats (1125).

Si une personne a accepté le dépôt fait par un incapable, ce dernier seul, suivant les principes généraux, peut invoquer la nullité du contrat (1925 et 1926).

Le service rendu par le dépositaire, doit être gratuit : la stipulation d'un salaire, donnerait au contrat le caractère de louage d'ouvrage (voyez art. 1928).

Ainsi, le dépôt de numéraire, billets, diamants qui se fait à la banque de France, n'est pas un dépôt proprement dit; mais un louage de services, puisque le dépositaire est tenu de payer tant pour cent par chaque semestre.

Il est bien entendu, que le présent spontané fait par le déposant n'altère point le caractère du contrat (Pothier, n. 13).

La gratuité est de l'essence du dépôt nécessaire comme du dépôt volontaire (1927 et suiv.): mais nous verrons que le séquestre peut n'être pas gratuit (1956 et suiv.).

Du principe que le dépôt est un contrat de pure bienfaisance, il résulte que le dépositaire doit à la conservation de la chose déposée les soins qu'il donne à celles qui lui appartiennent; mais rien de plus, sauf certains cas exceptionnels (1928).

Le dépôt semble quelquefois se confondre avec d'autres contrats : on doit, pour reconnaître son caractère, s'attacher à cette règle établie par Ulpien : *uniuscujusque contractus initium spectandum est et causa* (1). Il faut rechercher le but principal et primitif que les parties se sont proposé; l'intention première; la cause véritable du contrat :

Ex. : Étant forcé de partir pour un long voyage, je confie mon argenterie à votre garde, avec autorisation de vous en servir : on ne peut voir dans cette convention qu'un dépôt ; il n'y aura prêt

(1) Pothier, n. 9. Dur. t. 18, n. 12 et suiv. Zach. p. 107. Cass, 20 mai 1814, 10 février 1832, 18 novembre 1834.

à usage, qu'au moment où vous userez de ma permission; car la garde de la chose a été la fin principale du contrat. — Si les choses déposées étaient de nature à se consommer par le premier usage, le contrat se changerait en prêt de consommation à mesure que vous useriez de votre droit (1).

Toutefois, le contrat conserve sous certains rapports son caractère originaire, lors même qu'il s'est converti en un autre contrat; car le déposant peut toujours exiger la restitution de la chose, même avant l'expiration du terme stipulé: en sorte que le contrat nouveau tient à la fois du dépôt et du prêt.

L'autorisation de se servir de la chose peut être conférée au dépositaire, expressément ou tacitement:—L'autorisation tacite se présume facilement, lorsque la chose n'est pas de nature à se détériorer par l'usage: par ex., quand il s'agit d'un tableau; difficilement dans le cas contraire, et plus difficilement encore, quand elle est susceptible de se consommer par le premier usage.

Après avoir donné certaines choses en dépôt, si j'autorise, par un nouveau contrat, le dépositaire à s'en servir, il y aura prêt, dès le moment où cette deuxième convention se formera; avant même que l'emploi ait eu lieu.

Je confie à un avocat des papiers importants, pour le mettre à même de plaider une affaire litigieuse dont il se charge : il y a bien dans ce fait un dépôt, joint au mandat : mais comme le dépôt n'intervient qu'en vue du mandat, je n'aurai, pour exiger la remise des pièces qui en sont l'objet, que l'action *mandati*.

Je vous charge de porter de l'argent à une personne designée : ce n'est pas là un contrat de dépôt, mais un mandat; car l'argent n'est pas livré pour qu'on le garde : *custodiæ causa duntaxat*.

Je vous charge de retirer une chose que j'ai mise en dépôt chez une autre personne et de garder cette chose : ce contrat n'est encore qu'un mandat; car son principal objet, son but primitif, n'a pas été de vous charger du soin de conserver.

Le dépôt ne perdrait point son caractère, par cela seul que le dépositaire se serait trouvé dans la nécessité de faire quelque chose pour accomplir l'obligation qui lui est imposée, de conserver en bon père de famille.— Vous avez reçu mon cheval en dépôt: il est clair que vous devrez le nourrir, le soigner et même le faire traiter s'il tombe malade; sauf ensuite votre action en indemnité.—Néanmoins, comme vos soins ne seront que la suite du contrat originaire, vous ne cesserez pas d'être dépositaire.

Il est très-important de bien saisir ces nuances; car la responsabilité, comme nous le verrons, est moins grande dans le dépôt que

(1) Pothier, n. 82 et 83. Zach. p. 808. Dur. n. 23. Duvergier, n. 404. Cass. 26 avril 1810, 14 floréal an XIII.

dans tous autres contrats : le dépositaire ne doit à la conservation de la chose déposée que les soins qu'il donne à ses effets personnels ; tandis que le mandataire est généralement responsable des fautes qu'il a commises dans l'exécution de son mandat ; quand même il aurait eu la même négligence pour ses propres affaires.

Cette distinction était surtout importante avant la loi du 28 avril 1832 ; car aux termes de l'art. 406 du Code pénal, l'abus de confiance dont un dépositaire se rendait coupable, était puni d'un emprisonnement de 2 mois au moins et de 2 ans au plus, et d'une amende qui ne pouvait excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts dus à la partie lésée, ni être moindre de 25 francs; tandis que de semblables peines ne pouvaient être prononcées contre l'abus de confiance commis par un mandataire dans l'exercice de son mandat; à moins qu'un salaire n'eût été stipulé. — Mais depuis la loi précitée, les mêmes peines sont portées contre quiconque a détourné, au préjudice du propriétaire, des deniers, effets, marchandises ou autres objets qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, ou pour un travail salarié ou non salarié.

Le chapitre qui va nous occuper est divisé en cinq sections :

Dans la première, la loi détermine la nature du dépôt et les conditions qui tiennent à son essence.

Nous verrons dans la section 2, entre quelles personnes ce contrat peut se former et la manière de le prouver;

Dans la section 3, quelles sont les obligations du dépositaire ;

Dans la section 4, quelles sont celles du déposant.

La section 5 est consacrée au dépôt nécessaire.

SECTION I.

DE LA NATURE ET DE L'ESSENCE DU CONTRAT DE DÉPÔT.

Nous avons déterminé les caractères du dépôt en général ; mais la loi soumet, en outre, le dépôt proprement dit, à plusieurs conditions spéciales :

1° Il doit être gratuit; — 2° il doit avoir pour objet des choses mobilières.

1917 — Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.

= Le dépôt est un acte de confiance, un service d'ami de la part de l'un des contractants : il résulte à la vérité de l'art. 1928, que les parties peuvent convenir d'un salaire pour les soins du dépositaire ; mais alors, le contrat tient plutôt du louage de services que du dépôt.—Les art. 1925 et 1928 ne sont donc pas en contradiction: le

dernier a pour objet unique de régler la responsabilité du dépositaire salarié.

1918 — Il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières.

= Le mot *dépôt*, emporte l'idée d'une chose susceptible d'être transportée d'un lieu à un autre, et qui se trouve placée sous la garde d'une personne, pour que le déposant puisse la retrouver lorsqu'il en aura besoin : Le contrat de dépôt ne peut donc avoir pour objet que des choses mobilières (ajoutons corporelles). — Les choses incorporelles, comme les servitudes et autres droits, ne sont pas susceptibles d'être gardées.— Toutefois, on peut valablement confier, à titre de dépôt, les titres qui établissent la preuve d'un droit (*instrumentorum corpora*).

A l'égard des immeubles, il n'est pas nécessaire, pour les retrouver, de les donner en garde, puisqu'ils ne peuvent être déplacés : sans doute, on peut valablement confier à quelqu'un le soin de veiller à la conservation des biens de cette nature; mais alors, le contrat n'est qu'un véritable mandat.

1919 — Il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée.

La tradition feinte suffit, quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt.

= Hors le cas où le déposant est en droit de retenir la chose par devers lui; par ex., s'il est usufruitier, locataire, ou même s'il a reçu cette chose en nantissement, il est clair qu'on ne peut donner en dépôt à une personne la chose qui lui appartient. *Voy.* art. 1915.

1920 — Le dépôt est volontaire ou nécessaire.

SECTION II.

DU DÉPÔT VOLONTAIRE (1).

Le dépôt est appelé *volontaire*, lorsqu'il se forme spontanément, c'est-à-dire, par le seul effet de l'accord des deux parties, sans être déterminé par des circonstances impérieuses.

Sous l'un et l'autre rapport, ce contrat diffère essentiellement du dépôt *nécessaire* et du *séquestre* (1921).

Régulièrement, le dépôt ne peut être fait que par le propriétaire (1922);

(1) Les règles contenues dans cette section ne sont point applicables au dépôt nécessaire.

Le dépôt est assujetti, pour la preuve, aux règles communes à tous les contrats, sans excepter celles qui sont établies sur la preuve testimoniale par les art. 1341 et suiv.

1921 — Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit.

= Point de contrat sans consentement (1106); — le consentement doit avant tout intervenir sur la nature du contrat qu'il s'agit de former : si l'une des parties croit faire un prêt, et l'autre recevoir un dépôt, évidemment il n'y a point de lien de droit.

Le contrat doit être exempt des vices déterminés par les articles 1110 à 1117.

L'erreur sur la personne est une cause de nullité, lorsqu'il résulte des circonstances que la considération de cette personne a été la cause principale du contrat. — Ex. : J'ai accepté une chose en dépôt, dans la persuasion qu'elle appartenait à un de mes amis : si je découvre que le propriétaire m'est complétement inconnu, je pourrai forcer le déposant à la reprendre, bien que le terme fixé pour la durée du dépôt ne soit point expiré (1).

Si c'est le déposant qui a été induit en erreur, la difficulté ne peut naître; car il est toujours libre de retirer la chose déposée, nonobstant le terme stipulé.

Quant à l'erreur sur la qualité des choses déposées ou sur la quantité, elle ne peut vicier le contrat, puisque la chose doit être rendue *in individuo* (2).

Cependant, le dépositaire peut agir en nullité, pour erreur sur la qualité, s'il a reçu en dépôt une chose dont la détention présente des dangers ou nécessite des soins particuliers.

Ce sont là au surplus des règles générales en matière d'obligation. La disposition qui nous occupe serait donc surperflue, si elle avait pour objet unique de les rappeler; mais le législateur a eu d'autres vues : il a voulu faire entendre, que la tradition doit être l'effet d'une volonté qui n'ait pas été déterminée par *la nécessité* (*voyez* section 5).

1922 — Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite.

= L'art. 1922 doit être entendu en ce sens, que le propriétaire peut revendiquer la chose quand bon lui semble, lorsque le

(1) Duvergier, n. 398. Troplong, n. 38.
(2) Pothier, n. 16. Dur. n. 9. Duvergier, n. 398. Troplong, n. 37.

dépôt a été fait sans son consentement exprès ou tacite, et que dans le même cas, le dépositaire ne peut exercer contre lui l'action *depositi contraria*, pour le remboursement de ses avances.

Toutefois, le dépositaire a l'action *negotiorum gestorum* et le droit de rétention, s'il a fait des dépenses utiles ou nécessaires (Dur., t. 18, n. 27). — Les impenses nécessaires sont même privilégiées (2102, n. 3).

Du reste, le contrat n'est pas moins valable entre le déposant et le dépositaire (1938); par conséquent, les parties peuvent intenter réciproquement l'une contre l'autre, les actions qui naissent du dépôt : en effet, ce contrat n'a pas pour objet de transmettre la propriété, ni même la jouissance de la chose; mais seulement, d'en prévenir la perte : ceux qui ont la jouissance de la chose à un titre qui remplace celui du propriétaire, tels que l'usufruitier, le créancier gagiste ou le locataire, peuvent donc valablement donner cette chose en dépôt.

Le propriétaire ne serait pas fondé à se plaindre; car en conférant des droits sur la chose, il s'est interdit le droit de réclamer et a donné implicitement l'autorisation d'en effectuer le dépôt. On se trouve par conséquent dans le cas prévu par la disposition finale de l'art. 1922.

Que doit-on décider lorsque le dépôt a pour objet une chose volée? La position est bien différente : si le dépositaire connaît le propriétaire, il est tenu de l'avertir en lui faisant sommation de réclamer la chose dans un délai suffisant pour qu'il puisse se présenter : en se dessaisissant, il s'exposerait à une demande en dommages-intérêts de la part du propriétaire et à des poursuites correctionnelles pour complicité par recel.

Si le propriétaire se présente, le dépositaire ne doit point lui faire une restitution immédiate : la prudence lui commande d'avertir le déposant. — Si un procès s'engage entre le déposant et la personne qui se dit propriétaire, il ne peut se dessaisir avant l'issue de la contestation,— toutefois, libre à lui de se faire autoriser par le juge à déposer la chose entre les mains d'un tiers.

Si le propriétaire n'est pas connu, ou s'il ne se présente pas dans le délai fixé, bien qu'il ait été dûment averti, le dépositaire n'a point de raison pour conserver la chose, puisque sa responsabilité est à couvert; il doit la remettre au déposant.

Le propriétaire ne peut recevoir en dépôt sa propre chose; une semblable convention serait dérisoire : —néanmoins, il en serait autrement, si le déposant avait acquis le droit de la détenir, par exemple, s'il était usufruitier, usager, locataire, ou même créancier gagiste : nul doute que le propriétaire de la chose, devenu dépositaire, serait alors soumis à toutes les obligations qui naissent du dépôt (1).

(1) Pothier, n. 4. Duvergier, n. 289. Troplong, n. 40.

1923 — Le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit. La preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant cent cinquante francs.

= Le dépôt est un acte de confiance (1) : cette considération eût dû paraître suffisante pour faire admettre la preuve testimoniale, à quelque valeur que pût s'élever l'objet déposé; cependant, comme l'impossibilité de faire un écrit n'existe réellement que dans le cas de dépôt nécessaire, on a pensé que le dépôt volontaire devait rester soumis à la règle générale.

En déclarant la preuve testimoniale inadmissible, la loi défend par cela même au juge, de se baser sur des présomptions (2). (1347 et 1353, C. civil).

Pourquoi cette règle est-elle rapportée ici, lorsqu'elle ne l'est point pour d'autres contrats? Le législateur a craint qu'on n'exigeât pas d'écrit pour le dépôt : on conçoit, qu'en matière de prêt, le prêteur puisse ne pas hésiter à demander un écrit; car il rend un service : mais le déposant, qui est l'obligé, n'aurait peut-être pas osé faire cette demande : il importait dès lors de lui rappeler le principe. — Cette pensée du législateur apparaît d'ailleurs dans l'art. 1341, où l'on trouve ces mots : *même en cas de dépôt volontaire.*

Lorsque le fait du dépôt n'est pas contesté, la preuve par témoins peut être admise, encore qu'il s'agisse d'une valeur excédant 150 francs, sur le point de savoir quel est l'auteur du dépôt (3).

Est-il nécessaire que l'acte sous seing privé qui constate le dépôt, soit fait double? Non, puisque ce contrat est unilatéral : exceptons toutefois le cas où le dépositaire contracterait directement des obligations envers le déposant; car le contrat prendrait alors un caractère synallagmatique.

(1) Le délit de violation du dépôt ne peut être poursuivi devant les tribunaux correctionnels, avant que le fait du dépôt n'ait été préalablement établi par une preuve écrite; autrement, il serait facile de se procurer indirectement nn commencement de preuve et d'arriver à la preuve testimoniale. Le tribunal correctionnel auquel on porte plainte de la violation d'un dépôt dont il n'existe ni preuve écrite ni commencement de preuve, doit se déclarer incompétent, et dire qu'il n'y a pas lieu à plainte, sauf aux parties à se pourvoir comme elles aviseront; Dur. n. 313, t. 13. Toullier, t. 9, n. 15. Mangin, t. 1, n. 170. Chauveau, t. 7, p. 387. Troplong, n. 48. Merlin, Rép. v° Dépôt, § 1. Cass. 16 janvier 1808, 1 décembre 1808, 5 mai 1815, 10 avril 1819, 4 février 1826. Lyon, 6 juin 1812. Limoges, 14 novembre 1841. D. p. 45, 4, 424. Dev. 45, 2, 177, 31 juillet 1812, 6 novembre 1838. Pal. 1838, 2, 608.

Toutefois, le tribunal correctionnel devant lequel on produirait un commencement de preuve par écrit, pourrait ne pas renvoyer devant le tribunal civil pour la compléter et recevoir lui-même les dépositions des témoins. Duvergier, n. 419. Carnot, t. 2, p. 336. Merlin, Rép. v° Dépôt. § I, n. 6. Mangin, Action publique, n. 170. Cass. 2 décembre 1813 27 mai 1816, 27 juin 1840. Dev. 1840, 1, 701. Dall. n. 130.

(2) Cass. 18 mars 1807.

(3) Favard, Rép. v° Dépot, Sect. 1, § 1, n. 51. Cass. 9 juillet 1806.

Mais par cela même que l'acte de dépôt est unilatéral, il doit contenir le *bon* ou *approuvé* exigé par l'art. 1326 (1).

1924 — Lorsque le dépôt, étant au-dessus de cent cinquante francs, n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire, en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution.

= Cet article est une application de la règle : *actore non probante reus absolvitur*. Le législateur a pensé, qu'il importait, en matière de dépôt surtout, de mettre les tiers à l'abri des faux témoignages : il était d'ailleurs rationnel, de laisser au défendeur le droit de prononcer en dernier ressort, puisque l'on a suivi sa foi : par ex., s'il soutient qu'on ne lui a remis que 1,000 fr., au lieu de 2,000 qui sont réclamés; qu'il est libéré, ou qu'on l'a chargé de remettre la chose à Pierre et non à Paul, le déposant doit se soumettre à cette déclaration (2).

La règle qui proscrit la preuve testimoniale lorsque le dépôt excède 150 fr., reçoit exception dans trois cas :

1° Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (1347) (3) ;

2° Lorsque le déposant a perdu, par suite d'un cas fortuit, le titre qui lui servait de preuve littérale (1348, 4°) (4) ;

3° Lorsqu'il s'agit de matières commerciales : le dépôt fait de négociant à négociant, peut être prouvé par témoins, sans commencement de preuve par écrit, quoiqu'il ait pour objet une valeur qui excède 150 fr.

Du reste, le déposant peut, sans même avoir de preuve écrite, déférer le serment au dépositaire, soit sur le fait du dépôt, soit sur la chose qui en est l'objet, soit sur le fait de la restitution, ou le faire interroger sur faits ou articles (Arg. des art. 1358 et 1360 Civ., 324 Pr.).

Gardons-nous de confondre le cas où la réception de la chose est niée par le dépositaire, et celui où il prétend que cette chose se trouve entre ses mains à tout autre titre ; par exemple, à titre de

(1) Rolland, v° Dépôt, n. 35. Toullier, t. 8, n. 326. Dur. n. 32. Duvergier, n. 420. Troplong n. 50. Cass. 12 janvier 1814.

(2) Cass. 1er juillet 1806 et 26 juillet 1823. Riom, 26 décembre 1808. Cass. 13 octobre 1812. Angers, 25 mars 1819. Nîmes, 9 janvier 1833.

(3) Dur. n. 29 et suiv. Zach. p. 110. Merlin, Rép. v° Dépôt, § 1, n. 6. Troplong, n. 48 Toullier, t. 9, n. 148. Duvergier, n. 418. Cass. 31 juillet 1812, 3 décembre 1818, 6 octobre 1826, 3 mars 1831. Dall. n. 132.

(4) Cass. 27 mai 1837. Pal. 1838, 1, 375, 22 août 1840. Pal. 1841, 2, 478.

commodat, de nantissement ou de louage : Les art. 1923 et 1924 ne statuent que sur le premier cas ; le second est abandonné à l'appréciation du juge : la preuve peut avoir lieu par témoins, bien qu'il n'existe point de commencement de preuve par écrit.

1925 — Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.

Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable dépositaire ; elle peut être poursuivie par le tuteur au administrateur de la personne qui a fait le dépôt.

= Le dépôt crée entre les parties contractantes des obligations réciproques : obligation principale pour le dépositaire, de conserver et de rendre ; obligation secondaire pour le déposant, d'indemniser le dépositaire de toutes les dépenses qu'il fera pour conserver la chose. Il était conséquent dès lors, de soumettre ce contrat à toutes les règles établies sur la capacité. (*Voy.* art. 1125 et suiv.)

Mais rappelons-nous, que les personnes capables de s'obliger, ne peuvent se prévaloir de l'incapacité de celui avec qui elles ont contracté (1125) : conformément à ce principe, la loi soumet aux obligations ordinaires imposées au dépositaire, la personne capable qui a reçu d'un incapable quelque chose en dépôt, et laisse à l'incapable la faculté de se soustraire, en faisant annuler le contrat, à toutes les obligations dont il serait tenu si le dépôt était valable : par ex., à l'obligation de payer le salaire promis au dépositaire.

Il est bien entendu, que l'incapable *doli capax* ne peut, en invoquant la nullité du contrat, se dispenser de réparer le dommage que les vices de la chose ont causé au dépositaire, s'il a eu connaissance de ces vices ; car nul n'est restituable contre le quasi-délit qu'il a commis (1310).

Dans tous les cas, le déposant reste soumis envers le dépositaire à l'action *de in rem verso.*

— *Quid*, si le déposant est entièrement incapable ~~~ L'art. 1925 n'est plus applicable : on considère alors le dépositaire comme un gérant d'affaires ; il est tenu *quasi ex contractu*, et comme tel, on le soumet à des soins plus rigoureux que ceux qui résultent du dépôt (1374 et 1927 combinés).

1926 — Si le dépôt a été fait par une personne capable (1) à

(1) Rédaction vicieuse : la même règle serait applicable si le déposant était incapable : l'incapacité du déposant ne fait pas cesser les effets de l'incapacité du dépositaire. Merlin, Rép., v° Revendication, § 5. Duvergier, n. 392. Zach. § 402.

une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier.

= Cet article est un corrollaire du principe établi dans l'article précédent.

Lorsqu'une chose a été confiée par une personne capable à un dépositaire incapable], ce dernier n'est point obligé : si le déposant l'actionne en dommages-intérêts, pour ne pas avoir apporté tous les soins convenables à la conservation de la chose, il peut repousser cette action, en opposant la nullité du contrat : mais on a dû le soumettre, comme détenteur, à l'action réelle en revendication, ou l'obliger, si la chose n'existe plus entre ses mains, à tenir compte du profit qu'il a fait, *quatenùs locupletior factus est;* car nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.— Par ex., si l'incapable a employé utilement les deniers déposés, le déposant peut lui demander compte de ce bénéfice, — mais s'il a dépensé follement cet argent, le déposant n'a point d'action contre lui.

Toutefois, l'article 1926 est trop absolu : nul doute que le mineur *doli capax* serait tenu non-seulement *de in rem verso*, mais encore de tous dommages-intérêts, s'il avait malicieusement détruit la chose déposée, ou commis le délit d'abus de confiance (408 C. pén.), en détournant ou dissipant les choses confiées à ses soins. — Peu importerait qu'il n'eût point profité de cet acte : le délit n'existerait pas moins : Or, nul ne peut se soustraire à la réparation du dommage causé par le délit ou quasi - délit qu'il a commis (1310) : Mais comme l'action prendrait alors sa source dans le fait de violation du dépôt, elle se prescrirait par trois ans, terme après l'expiration duquel l'action correctionnelle serait prescrite (638 instr. crim.) (1).

Ces observations s'appliquent *a fortiori* au cas où le dommage aurait été causé par une femme mariée, devenue dépositaire sans l'autorisation de son mari (2).

S'il y a eu concert frauduleux entre les deux époux pour exercer une surprise, l'un et l'autre sont solidairement tenus d'indemniser le déposant.

Quant au tiers acquéreur de la chose déposée, il est protégé, s'il a été de bonne foi, par la maxime : En fait de meubles possession vaut titre (2279).

Celui qui a l'administration de ses biens contracte, suivant nous,

(1) Duvergier, n. 394. Dur. t. 18, n. 35. Delv. t. 3, p. 429. Troplong, n. 58.

(2) Duvergier, n. 395. Troplong, n. 51 et suiv. Zach. 23, p. 108. Voyez cep. Toullier, t. 9, n. 195. Cet auteur enseigne que la violation d'un dépot, même nécessaire, n'oblige pas la femme mariée non autorisée : c'est là une erreur évidente. (*Voy.* 408, C. pén.)

toutes les obligations qui naissent du dépôt, lorsqu'il reçoit une chose mobilière dont il pourrait librement disposer si elle lui appartenait.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE.

Le dépositaire contracte deux obligations principales : 1° celle de garder la chose avec soin et fidélité (1927 à 1931); —2° celle de la restituer identiquement au déposant, sur sa première demande (1932 à 1944)

Le dépositaire doit à la garde de la chose les soins qu'il donne à ses propres affaires; c'est-à-dire, les soins d'un bon père de famille (*in concreto*) : sous ce rapport, sa position diffère essentiellement de celle du commodataire (1882) (1) : Le Législateur a considéré, que le dépôt est en général sans intérêt pour le dépositaire ; qu'il ne reçoit aucune indemnité; que ses services sont gratuits; enfin, que si le déposant, libre dans son choix, a donné sa confiance à un homme négligent, il oit se l'imputer.

Les accidents de force majeure ne sont point à sa charge, à moins qu'il n'ait été mis en demeure.

La fidélité que le dépositaire doit apporter, lui interdit de se servir des choses déposées sans la permission du déposant (1930), et même de chercher à connaître quelles sont ces choses, quand elles lui ont été confiées pour demeurer secrètes (1931).

Quant à la restitution de la chose même, elle est de l'essence du dépôt : Le contrat n'aurait pas ce caractère, si le dépositaire devait rendre une autre chose.

Les obligations du dépositaire sont sanctionnées par une action directe, appelée en droit romain : *actio depositi directa.*—Cette action est personnelle; elle est accordée au déposant et à ses héritiers, contre le dépositaire et ses héritiers; elle se prescrit par trente ans.

La contrainte par corps n'est point accordée en matière de dépôt volontaire: La loi ne soumet à cette voie d'exécution que les dépositaires nécessaires, les séquestres et les dépositaires publics. — Toutefois, la contrainte par corps peut être obtenue en vertu de l'art. 126 Pr. pour dommages-intérêts au-dessus de 300 fr.; mais ce n'est point là une règle particulière au dépôt.

Il va sans dire, que le déposant n'a point l'action en revendication contre les tiers auxquels le dépositaire a livré la chose, s'ils sont de bonne foi (2279). — Vainement dirait-on, que la violation du dépôt est assimilée au vol : le vol suppose que le propriétaire

(1) Pothier, n. 27

n'a pu se garantir de l'accident ; tandis que le déposant doit s'imputer d'avoir mal placé sa confiance (1).

Le dépositaire peut, quand bon lui semble, se démettre du dépôt, à moins qu'il ne se soit obligé à garder la chose déposée pendant un certain temps.

Du reste, il est déchargé de toutes les obligations qui naissent du dépôt, lorsqu'il prouve que la chose lui appartient; sauf au déposant à établir qu'il avait sur cette chose un droit de jouissance ou de détention (1946).

Nous verrons successivement, quelles sont les obligations du dépositaire en ce qui touche la garde des objets déposés (1927 à 1931) ; ce qui doit être restitué (1932 à 1936); à qui la restitution doit être faite (1937 à 1941); dans quel lieu (1942, 1943); dans quel temps (1944).

1927 — Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. (2)

= Le dépositaire doit à la conservation de la chose, de la fidélité; or, il manquerait à ce devoir, s'il donnait à la chose déposée moins de soins qu'à celles qui lui sont propres (3).

Ainsi, la responsabilité du dépositaire n'est point soumise à une règle absolue ; elle varie suivant les habitudes et suivant le caractère de la personne : telles fautes qui ne peuvent être imputées à un homme ordinairement peu soigneux, donneront lieu à des poursuites contre celui qui administre avec intelligence et attention ses propres affaires. — Il est bizarre sans doute, que le même fait puisse paraître tantôt suffisant, tantôt insuffisant pour entraîner des dommages-intérêts : mais n'oublions pas, que le dépôt est un contrat de bienfaisance : Le juge doit dès lors, en pareille matière, prononcer eu égard aux circonstances.

Le dépositaire est toujours tenu de la faute que l'on appelle lourde (et l'on considère comme telle, toute imprudence qu'il n'aurait pas commise dans l'administration de ses biens personnels) : par ex., au lieu de mettre sous clef l'argenterie, les bijoux ou autres choses précieuses qui lui sont confiées, le dépositaire laisse ces choses exposées dans un vestibule ou dans une antichambre : il répondra de la perte, s'il arrive qu'elles soient dérobées.

(1) Vaz. Prescrip. n. 674. Dur. n. 433. Duvergier, n. 466. Troplong, Prescrip. n. 1070. Delv. p. 431, n. 2. *Voy.* cep. Toullier. t. 4. n. 118 et 119.

(2) Cet article est exclusivement relatif au dépôt volontaire : en cas de dépôt nécessaire, on rentre dans la règle générale : Or, rappelons-nous, que l'obligation de conserver, soumet celui qui en est tenu à tous les soins d'un bon père de famille (1137) : l'art. 1927 n'est qu'une exception.

(3) Suivant Duvergier, n. 427, le dépositaire doit dans tous les cas, à la conservation de la chose déposée, les soins d'un bon père de famille : cette doctrine est contraire au texte.

En admettant ces principes, Pothier fait observer, qu'il est difficile d'entrer dans la discussion du caractère de la personne : lorsque la faute commise par le dépositaire à l'égard des choses déposées, n'est qu'une faute légère et ordinaire, et non une faute grossière comme celle que nous venons de signaler, on présume facilement qu'il est de caractère à en commettre de pareilles dans ses propres affaires.

Le dépositaire est-il en faute, lorsque dans un incendie ou dans une ruine, il a laissé périr la chose déposée pour sauver sa propre chose ? On distingue : ne pouvant sauver que l'une des deux choses, s'il a laissé périr la chose déposée, il n'est passible d'aucuns dommages-intérêts; car au lieu de recevoir un service, comme l'emprunteur, c'est lui qui en a rendu un. — Toutefois, si cette chose avait une valeur supérieure, il serait tenu de la perte, puisqu'il n'aurait pas agi comme il eût agi pour lui-même : son devoir était de laisser périr sa propre chose ; sauf ensuite à réclamer du déposant des dommages-intérêts (1947) (1). — Mais alors, le dépositaire doit-il la valeur totale de la chose qui a péri ? Non assurément : l'indemnité dont il est tenu, consiste dans la différence de valeur entre la chose qui a péri et ce que vaut la sienne : en effet, le déposant doit, aux termes de l'art. 1947, indemniser le dépositaire de toutes les pertes que lui a occasionnées le dépôt : Or, ce dernier serait en droit d'exiger la valeur de sa chose, si elle eût péri ; donc il convient de déduire cette valeur, sur celle que pouvait avoir la chose déposée (Dur. n. 39).

Le dépositaire est responsable pour le tout, lorsque, pouvant sauver l'une et l'autre choses, il a laissé périr celle qui était l'objet du dépôt.

La fidélité à garder le dépôt est essentiellement requise : toute convention qui, dans la prévision du cas de fraude, dispenserait le dépositaire d'indemniser le déposant, serait nulle, comme contraire aux bonnes mœurs (Troplong, n° 75).

Mais on stipulerait valablement, que le déposant s'en rapportera à la foi du dépositaire pour la restitution : en effet, cette dernière clause est différente de la première : l'une, dispense expressément le dépositaire de toute fidélité; ce qui la rend contraire aux bonnes mœurs : l'autre, suppose le dépositaire tellement incapable de mauvaise foi, qu'elle ne permet pas au déposant de soulever cette question: « Le déposant est censé lui avoir dit : Prenez cette chose ; je vous la donne si vous la voulez ; sinon, gardez-la-moi et vous me la rendrez. (2) » Le dépôt se trouve alors converti en une sorte de don manuel, facultatif pour ce dernier : — cette convention est

(1) Pothier. n. 29. Dur. n. 382. Duvergier, n. 428 et 429. Troplong, n. 72.
(2) Troplong n. 72.

souvent nécessitée par les rapports d'intimité qui existent entre les parties, et surtout par la nature de l'objet déposé; notamment, lorsqu'il s'agit d'animaux domestiques, de volatiles de basse-cour et autres choses de peu de valeur, sur lesquelles le dépositaire peut se trouver dans l'impossibilité d'exercer une surveillance personnelle (1).

Par une conséquence des mêmes règles, on s'accorde à reconnaître valable, même dans les cas prévus par l'art. 1928, la stipulation qui affranchit le dépositaire, de la responsabilité des fautes qu'il pourra commettre ; pourvu, nous le répétons, que cette stipulation n'ait pas pour but de couvrir le dol ou la faute lourde.

1928 — La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur, 1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt; 3° si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire; 4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute.

= Le dépositaire est tenu, par la nature du contrat de dépôt, d'apporter à la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'à celles qui lui appartiennent; en d'autres termes, il ne doit en principe de dommages-intérêts que s'il a commis un dol ou une faute lourde.

Mais on peut exiger de lui une exactitude plus rigoureuse dans les quatre cas suivants :

1° Lorsqu'il s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt : ne concluons pas de là, que le législateur ait voulu paralyser l'empressement de l'amitié : il suppose le cas où une suggestion officieuse aurait entraîné la confiance du déposant, par la promesse implicite d'une vigilance exceptionnelle : par ex., sachant qu'une personne est sur le point de s'absenter, je l'aborde et lui dis : « Il y a imprudence à vous, à laisser votre argenterie dans une maison qui n'est pas à l'abri d'un coup nocturne : confiez-la moi; » — ou bien encore, sachant que Paul veut faire un dépôt entre les mains de Pierre, je vais lui demander la préférence. — Dans l'un et l'autre cas, je subirai toutes les conséquences de mes offres de services; car j'ai pu empêcher le déposant de s'adresser à d'autres personnes ; je me suis implicitement engagé à veiller plus soigneusement sur la chose déposée que sur mes propres choses (Troplong, n. 78). — Ce sont là des nuances quelquefois difficiles à saisir; le juge prononce eu égard aux circonstances.

On doit soumettre, sauf toute stipulation contraire, à la responsa-

(1) Pothier, n. 25. Troplong, n. 75.

bilité prononcée contre le dépositaire par le premier alinéa de notre article, ceux qui par état, ou par la nature de leur fonctions, sont appelés à recevoir des dépôts : tels que les notaires, les aubergistes ou hôteliers

2° Lorsqu'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt : — le contrat perd alors son caractère ; il devient intéressé de part et d'autre ; il se trouve mélangé de louage de services, et ne constitue plus qu'un dépôt impropre (1) : la responsabilité doit être réglée en conséquence. — Mais quelques présents donnés par le déposant, ne changent pas la nature du dépôt ; les obligations du dépositaire sont toujours bornées à la fidélité (2) : il suffit que le déposant n'ait contracté aucune obligation à ce sujet ; que la rémunération soit l'effet de sa libre volonté.

3° Si le dépôt a été fait pour l'intérêt du dépositaire : —en ce cas, le contrat n'est plus qu'un dépôt irrégulier. Par ex., étant sur le point d'entreprendre un voyage, vous déposez vos livres chez moi, afin que je puisse m'en servir pendant votre absence : évidemment, ce contrat n'a point le caractère de bienfaisance qui est propre au dépôt, bien qu'il ne dégénère pas immédiatement en commodat.

4° S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondra de toute espèce de faute : les conventions tiennent lieu de loi (1134).

Le juge pèse les événements, tient compte des intentions, et prononce sur chaque espèce, en raison des circonstances, eu égard à la condition des personnes.

1929 — Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée.

= En aucun cas, le dépositaire ne répond des accidents de force majeure, que le dépôt soit gratuit ou salarié : à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer : ce principe est commun à tout débiteur de corps certain (1302, 1147, 1148). — Le dépositaire doit prouver la force majeure qu'il allègue (3). — Nonobstant la mise en demeure, le dépositaire s'affranchit de toute responsabilité, s'il parvient à établir que le déposant eût souffert la perte, quand même la chose lui eût été rendue sur sa première demande (4).

Rien ne s'oppose à ce qu'on rende le dépositaire, responsable de la perte arrivée par force majeure : cette convention n'est pas contraire à l'essence du contrat de dépôt ; elle est même fon-

(1) L'article 1928 n'est pas en opposition avec l'article 1917 : son but unique est de marquer une différence entre la position de l'individu qui reçoit un salaire et celle du déposant désintéressé. Pothier n., 31. Duvergier, n. 409 et 435. Troplong, n. 13 et 80.

(2) Pothier, n. 31. Duvergier, n. 410.

(3) Troplong, n. 95. Cass. 14 juin 1808, 5 décembre 1825. 14 juin 1827.

(4) Dur. n. 40. Duvergier, n. 441. Troplong, n. 90.

dée en équité, lorsque l'intérêt du déposant se trouve mêlé à celui du dépositaire (Troplong, n. 88).

Il va sans dire, que le dépositaire est chargé des suites de la force majeure, s'il y a eu de sa part défaut de précautions (1).

— Lorsque le dépôt a eu lieu dans l'un des quatre cas exceptionnels prévus par l'article 1928, la perte survenue par force majeure est-elle au compte du dépositaire ?... Les art. 1928 et 1929 se lient intimement; les mots : *en aucun cas*, sont généraux; ils expriment suffisamment, que le législateur entend restreindre la responsabilité du dépositaire, aux seules fautes qu'il pourra commettre. — Dans le commodat, la force majeure retombe sur le propriétaire et non sur le détenteur de la chose : il n'y a pas de raison pour se montrer plus rigoureux vis-à-vis du dépositaire (Troplong, n. 92).

1930 — Il ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant.

= Le dépositaire qui se sert de la chose déposée sans le consentement au moins présumé du déposant, manque aux devoirs de fidélité qu'il s'est imposés et encourt des dommages-intérêts. — Le détournement ou la dissipation de cette chose, constitue le délit d'abus de confiance (408 C. pén.).

L'expression *se servir*, est ici générique : elle comprend tous les cas où le dépositaire ferait emploi de la chose *invito domino ;* soit dans son intérêt personnel; soit même en la prêtant. — Les lois romaines considéraient la violation du dépôt comme un vol (2).

Pour que le consentement soit présumé, il ne suffit pas que le dépositaire se persuade qu'il aurait obtenu du déposant la permission de se servir de la chose : il faut qu'il ait eu juste sujet de croire que cette permission lui aurait été accordée : par ex., si plusieurs fois déjà le déposant lui a prêté la chose. — Les tribunaux sont appréciateurs des circonstances.

Le consentement tacite ne se présume pas facilement, lorsque la chose est de nature à se détériorer par l'usage, et bien moins encore, quand elle est susceptible de se consommer; notamment, quand le dépôt a pour objet des deniers(3) : en effet, il s'agit alors de convertir le dépôt en prêt de consommation.

Le dépositaire qui se sert de la chose, sans autorisation, est constitué par ce fait en perpétuelle demeure : l'art. 1302, il est vrai, ne statue ainsi que pour le cas de vol ; mais la règle doit s'étendre, par identité de motifs, à la violation de dépôt : ainsi, le dépositaire infidèle répond de la perte, lors même qu'elle est le résultat d'une force majeure (1302) (4).

(1) Poitiers, 26 thermidor an x.
(2) L. 3, C. Dep., L. 41, ff. de Furth.
(3) Pothier, n. 36 et 37. Troplong, n. 103,
(3) Troplong n. 98 et 107,

On peut même soutenir, que le dépositaire encourt cette responsabilité, lorsqu'il a prêté la chose déposée ; car ce fait est une espèce de détournement, bien qu'il n'entraîne point les peines édictées contre l'abus de confiance.

Nous parlons uniquement des rapports du déposant et du dépositaire entre eux : si ce dernier a vendu la chose, l'acquéreur est protégé par la maxime : En fait de meubles possession vaut titre (2279).

Suivant Pothier (n. 43), « le dépositaire qui a vendu de mauvaise foi la chose déposée, n'est pas déchargé de l'obligation de la rendre, quoiqu'il ait racheté cette chose pour la garder comme auparavant, si elle a depuis péri chez lui, même sans sa faute : cette chose, dit-il, a été infectée du vice de vol ; pour être purgée de ce vice, il faut qu'elle soit rentrée dans les mains du propriétaire ; d'ailleurs, le voleur est en perpétuelle demeure. » — Cette interprétation rigoureuse des textes romains est applicable en droit français. Toutefois elle présente des dangers ; car le dépositaire ne se hâtera pas de recouvrer la chose, s'il doit rester exposé à toutes les conséquences de l'acte qu'il a commis.

— Lorsque le dépôt consiste en une somme d'argent, le dépositaire qui s'en est indûment servi, doit-il les intérêts de plein droit à partir de l'emploi ? — Le dépositaire, dit Dumoulin, aurait pu être poursuivi *in duplum*, par l'action de vol : or, de ce que le déposant a usé de l'action *depositi*, qui est plus douce, on ne saurait en *conclure* qu'il ait renoncé à demander les intérêts légaux. — Sous l'empire des lois modernes, l'action *in duplum* est inconnue : Mais nous trouvons dans l'art. 1302 une raison péremptoire de décider : cet article rend le voleur responsable de plein droit, de la perte occasionnée par force majeure : la soustraction produit donc l'effet d'une mise en demeure ; dès lors elle doit faire courir les intérêts. — Vainement objecterait-on, que l'article 1302 parle du *vol*, et qu'il garde le silence sur l'*abus* de *confiance* : Le mot vol, reçoit ici la signification du mot *furtum* ; il embrasse tous les cas où le propriétaire a été frauduleusement dépouillé de sa chose. — Le dépositaire coupable d'abus de confiance, ne saurait être plus favorablement traité que l'associé en retard d'effectuer ses apports (1846), ou que le mandataire qui a employé à son usage les deniers du mandant (1996). — Les tribunaux n'ont pas même à rechercher en fait, si le dépositaire a dû se croire autorisé à se servir de la chose (*voy.* art. 1936) (1).

On admet généralement, que les intérêts ne courent que du jour de la mise en demeure, lorsque l'argent a été remis dans un sac *non cacheté*, avec charge de rendre pareille somme ; surtout lorsque la fortune du dépositaire ou la nature des opérations auxquelles il se livre, le met en état de restituer le montant du dépôt à toute réquisition (Troplong, n. 99).

1931 — Il ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été

(1) Troplong, n. 104. Merlin, Rép. v° Intérêts, § 4, n. 13. Delv. p. 203, note 2. Dur. n. 58. *Voy.* cep. Duvergier, n. 470.

confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée.

= Dans le cas prévu par cet article, le dépositaire contreviendrait à la fidélité qu'il doit à la garde du dépôt, s'il cherchait à connaître quelles sont les choses déposées.

Bien plus, il doit garder le secret, si le déposant lui a fait savoir en quoi consistent ces choses, ou s'il en a été instruit par hasard : — Par ex., je puis prendre lecture d'un testament qui est remis ouvert entre mes mains ; mais je me rendrais coupable d'infidélité, si j'instruisais un tiers des dispositions qu'il renferme.

Toutefois, le dépositaire qui connaît la nature des objets déposés entre ses mains, peut être relevé de l'obligation de garder le secret, si la simple détention de ces objets entraîne des peines : il doit alors prendre des mesures, dans l'intérêt même du déposant (Goujet et Merger, n. 31).

Les lois romaines accordaient contre le dépositaire indiscret l'action d'injure : chez nous, il serait soumis à des dommages-intérêts.

Telle est la fidélité qu'on exige du dépositaire, qu'il doit garder le secret sur la restitution et même sur les circonstances qui ont déterminé le dépôt.

Nous verrons que le dépositaire infidèle n'est pas admis au bénéfice de cession (1945).

1932 — Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.

Ainsi, le dépôt des sommes monnayées, doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur.

= L'obligation de restituer, a pour objet les choses mêmes qui ont été données en dépôt ; le dépositaire doit rendre ces choses identiquement ; il est débiteur de corps certain.

Cette règle est applicable, même quand il s'agit de choses qui se consomment par l'usage : s'il suffisait de rendre des choses de pareille espèce ou qualité, le dépôt se convertirait en *prêt*. — Ainsi, les espèces, si c'est une somme d'argent qu'on a déposée, doivent être restituées *in individuo*, sans égard à l'augmentation ou à la diminution de valeur qu'elles ont éprouvée depuis le dépôt (1).

Le déposant doit donc avoir soin de faire constater la nature et la quantité des espèces, par un bordereau séparé, signé du dépositaire ; car la preuve testimoniale ne peut être admise, lorsque la

(1) Cass. 27 fructidor, an v.

différence qui existe entre la valeur des pièces réclamées et celles qui sont avouées par le dépositaire, excède 150 fr. (1341).

Si le dépôt est nié, ce sera l'importance de la somme demandée par le déposant, que l'on considérera, pour savoir s'il y a lieu à la preuve testimoniale (1).

Si le déposant ne peut prouver la nature des pièces déposées, le dépositaire est seulement tenu de restituer la somme numérique indiquée (Pothier, n. 42. Troplong, n. 93).

Lorsque les deniers sont remis dans un sac non cacheté, on considère généralement le dépositaire comme propriétaire de l'argent déposé : il supporte dès lors la perte arrivée par force majeure : sa position se rapproche de celle de l'emprunteur. Mais il y a toujours cette différence notable, qu'il doit restituer à première réquisition.

Le dépositaire qui ne peut rendre *in individuo* la chose déposée, doit en restituer le prix et payer en outre des dommages-intérêts.

S'il s'est servi de la chose sans le consentement du déposant, il doit l'indemnité de la détérioration résultant de cet usage.

La prescription ne court pas contre le déposant, en ce sens, qu'il peut réclamer la chose, tant qu'elle existe entre les mains du dépositaire; lors même qu'il se serait écoulé plus de trente ans depuis le dépôt (2236); car il ne possède pas, il détient : la possession reste au déposant.— Mais si les obligations du dépositaire s'étaient converties en dommages-intérêts, l'action serait prescriptible, comme toute autre (2262).

La loi ne trace point de règles particulières quant à la preuve de la restitution du dépôt; elle se réfère dès lors aux principes généraux (2).

— Dans le cas où le dépositaire aurait pu prévenir la perte résultant de la diminution de valeur des espèces : par ex., s'il avait négligé l'occasion d'échanger la monnaie avant sa dépréciation, serait-il responsable? — On peut dire, que le dépositaire doit gérer la chose d'autrui comme la sienne propre; qu'il était par conséquent dans l'obligation de faire l'échange dont il s'agit : cependant, pour qu'il fût responsable, il faudrait qu'il y eût négligence évidente ; car il n'est pas administrateur.

1933 — Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait, sont à la charge du déposant.

= La chose étant aux risques du déposant, puisqu'il demeure propriétaire, le dépositaire ne doit la rendre que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution, pourvu que les détériorations

(1) Delv. t. 3, p. 431. Duvergier, n. 456. Dur. n. 53.
(2) Cass. 23 mars 1831, et 25 mai 1841.

ne soient pas le résultat de son dol ou d'une faute lourde qu'il a commise. — Comme de raison, il doit restituer la chose avec les accessoires qu'elle a reçus et les fruits qu'il a perçus.

1934 — Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure, et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange.

= Ex.: vous m'avez donné en dépôt une grande quantité de blé : dans un temps de disette, j'ai été contraint par l'autorité de vendre ce blé : vous ne pourrez exiger de moi que la restitution du prix.

Un voleur m'enlève la chose que j'ai reçue en dépôt : je me porte partie civile et j'obtiens le prix de cette chose : Le déposant pourra me contraindre à lui en tenir compte ; autrement, je m'enrichirais à ses dépens.

Le déposant est de plein droit subrogé aux actions du dépositaire contre l'auteur du dommage (1); car il n'a jamais cessé d'être propriétaire de la chose déposée. — C'est à lui et non au dépositaire qu'appartiennent tous les droits qui naissent de la propriété. — En Droit romain, le dépositaire devait céder son action; sous notre législation, la cession d'action est inutile.

Nous déciderons, par le même motif, que si le dépositaire s'est trouvé dans la nécessité de déposer la chose entre les mains d'un tiers, le déposant est subrogé par la loi aux droits du premier dépositaire contre le second, si ce dernier a manqué aux obligations que lui imposait sa qualité (Delv., p. 209, n. 8. Troplong n. 123).

Rappelons ici, que le dépositaire ne serait point déchargé de l'obligation de restituer, s'il avait détourné la chose déposée, lors même qu'elle aurait depuis péri par cas fortuit; car en disposant de ce qui ne lui appartenait pas, il a commis un délit qui le met en perpétuelle demeure; dès lors la chose est à ses risques, sans qu'il y ait lieu d'examiner si elle aurait également péri entre les mains du déposant (Arg. de l'art. 1302, Voy. supra art. 1930).

1935 — L'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder (2) son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix.

= Le dépositaire infidèle doit des dommages-intérêts au déposant; il encourt de plus les peines portées par la loi pénale, s'il a

(1) Troplong, n. 122.

(2) Expression impropre: la cession d'action n'est pas nécessaire: le déposant agit comme propriétaire; dès lors, tous les droits qui naissent de la propriété lui appartiennent par le seul effet de la loi.

détourné ou dissipé la chose déposée (art. 408). — Son héritier est passible des mêmes peines, lorsqu'il a violé sciemment le dépôt.

Mais le déposant ne peut exercer la revendication contre les tiers acquéreurs s'ils ont été de bonne foi; car ils ne manqueront pas d'invoquer la règle protectrice : *En fait de meubles possession vaut titre* (2279).—A la vérité, cette règle souffre exception lorsqu'il s'agit d'une chose perdue ou volée; mais l'abus de confiance n'est pas un vol proprement dit; le déposant doit s'imputer d'avoir mal placé sa confiance; tandis que celui qui est victime d'un vol,n'a rien à se reprocher (1).

Supposons que l'héritier du dépositaire ait vendu de bonne foi la chose déposée, hypothèse prévue par notre article : quelle sera la position du déposant?

En règle générale, l'héritier succède aux obligations de son auteur; mais cette règle souffre exception, lorsqu'il s'agit d'un dépôt : en ce cas, le déposant ne peut exiger de l'héritier que le prix de la vente, quand même il serait inférieur à la valeur réelle de la chose, ou agir contre l'acheteur, si le prix est encore dû : il eût été inique, en effet, de rendre l'héritier victime de sa bonne foi.

Quid, s'il a de bonne foi consommé ou donné la chose? Il doit compte de la valeur que cette chose avait au moment de la consommation ou de la donation : mais il n'est pas tenu de plus amples dommages-intérêts; quand même elle eût valu davantage au moment de la demande en restitution (2).

Quid, s'il a détérioré la chose croyant qu'il en était propriétaire? Il n'est point responsable; car le droit de disposer est un attribut nécessaire de la propriété.

Observons, que la bonne foi de l'héritier ne peut se présumer, au moins en règle générale; car il invoque sa libération : or, la preuve du payement est à la charge du débiteur.

Quid, si le dépositaire, après avoir vendu la chose de mauvaise foi, la rachète ensuite pour la garder comme auparavant? Il doit rendre la chose au déposant, lors même qu'il aurait donné un prix plus élevé que celui de la vente originaire;

Bien plus, l'abus de confiance qu'il a commis, le constitue en perpétuelle demeure; d'où il résulte, que nonobstant le rachat, la perte postérieure, de quelque manière qu'elle arrive, est à sa charge et qu'il doit dès lors payer le prix de la chose (Duvergier, n. 464. Pothier, n. 43).

Si l'héritier du dépositaire a été de bonne foi en vendant la chose, il est libéré par la perte (Pothier, n. 43. Duvergier, n 465).

(1) Delv. p. 210, n. 2. Dur. n. 48. Duvergier, n. 466.
(2) Duvergier, n. 463. Dur. n. 48. Zach. t. 3, § 403.

— Devrait-on appliquer la disposition de l'art. 1935 à l'héritier du commodataire qui aurait aliéné de bonne foi la chose prêtée? En d'autres termes, cet héritier pourrait-il se libérer, en rendant le prix ou l'action qu'il aurait contre l'acheteur?

L'art. 1935 est exceptionnel (Domat, Dépôt, sect. 3, n. 13, *in fine*).

Quels sont les droits du déposant, si l'héritier qui a vendu la chose, croyant qu'elle appartenait à son auteur, refuse de la racheter afin de la restituer? ~ L'héritier se constitue en faute par ce refus : si la chose a augmenté de valeur depuis la vente, le déposant qui désire la recouvrer, doit comme de raison offrir à l'héritier ce qu'il pourrait-être obligé de payer en sus du prix qu'il a reçu.

Quid, si après avoir acquis la chose à quelque autre titre, le dépositaire refuse de la rendre, sous prétexte qu'il l'a vendue sans fraude? ~ Le déposant a une action contre lui (Troplong, n. 128 et 129).

1936 — Si la chose déposée a produit des fruits qui aient été perçus par le dépositaire, il est obligé de les restituer. — Il ne doit aucun intérêt de l'argent déposé, si ce n'est du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution.

= Le dépositaire ne doit tirer aucun profit du dépôt; le déposant est fondé à lui demander compte de tous les fruits que la chose a produits et qu'il a perçus : — par ex., celui qui prend en garde un troupeau de moutons, est tenu de rendre la laine et les agneaux.

Mais, la loi n'oblige pas le dépositaire à indemniser le déposant des fruits qu'il aurait *pu percevoir*; autrement, le dépôt deviendrait onéreux pour lui. Ne perdons pas de vue, en effet, qu'il n'est ni mandataire ni administrateur. — Ainsi, dit Troplong (n. 131), le déposant ne peut réclamer d'indemnité pour le lait d'une vache confiée à titre de dépôt, si le dépositaire n'a pas utilisé ce lait. — Nous irons plus loin : lors même qu'il en aurait profité, rarement on sera fondé à lui en demander compte; car il est d'usage d'abandonner ces menus profits au dépositaire, comme récompense des soins que la garde des bestiaux nécessite.

Par la même raison, si le dépôt a pour objet une somme d'argent, le déposant ne peut exiger aucun intérêt : en imposant au dépositaire l'obligation de rendre les espèces identiquement, notre article lui refuse par cela même le droit d'en faire le placement.

Mais le dépositaire doit tenir compte de l'intérêt, à partir du jour où il a été mis en demeure, et même à partir du jour où il a employé les deniers à son profit, encore qu'il ait obtenu du déposant l'autorisation d'en disposer (arg. des art. 1846 et 1996) (1); car cette autorisation ne l'affranchit pas de l'engagement qu'il a contracté, de restituer les deniers à première réquisition : l'acte prend le caractère de prêt; mais il ne perd pas celui de dépôt.

(1) Dur. n. 52 et suiv. Zach. p. 112. Delv. t. 3, n. 432 et suiv.

Suivant Duvergier (n. 470 et 471), en aucun cas, le dépositaire ne doit les intérêts avant la mise en demeure:—« il est de principe, dit-il, que les intérêts ne courent qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi; or, aucun texte n'applique au dépôt, ce qui est dit pour l'associé et le mandataire. — D'ailleurs, à la différence de l'associé et du mandataire, le dépositaire, en se servant des deniers déposés, n'enlève pas au déposant un bénéfice qu'il était chargé de lui procurer.— Bien plus, les intérêts ne seraient pas dûs par le dépositaire, lors même qu'il en aurait perçu en plaçant la somme. »

Ce système est rejeté avec raison par tous les auteurs : comment admettre qu'un dépositaire infidèle soit traité plus favorablement qu'un associé ou un mandataire? Si le dépositaire conserve les profits qu'il a faits ou qu'il a pu faire en se servant indûment des fonds qu'il a reçus en dépôt, c'est bien le moins qu'il tienne compte de l'intérêt légal des sommes qu'il a employées.

En matière de dépôt, une demande en justice n'est pas nécessaire pour faire courir les intérêts contre le dépositaire en retard de restituer l'argent déposé. L'article 1936 porte positivement que le dépositaire doit les intérêts à compter du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution ; or, aux termes de l'article 1139, la mise en demeure peut résulter d'une simple sommation. — L'article 1153 déclare, il est vrai, que dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme les intérêts dus à raison du retard, ne courent que du jour de la demande en justice, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. Mais en matière de dépôt, la règle doit être différente ; car le dépositaire ne s'oblige pas à payer une somme, mais à restituer des corps certains (1).

Notre article règle les effets de la mise en demeure, quand le dépôt a pour objet une somme d'argent; mais il ne s'explique pas sur le cas où le dépôt consisterait en toute autre chose : Pothier (n. 47), décide que le dépositaire est tenu, par l'effet de la mise en demeure, de tous les fruits qu'il aurait pu percevoir, quoiqu'il ne les ait pas perçus : les lois modernes ne se sont pas écartées de cette doctrine.

Nous supposons qu'il s'agit d'argent ou de choses susceptibles de produire des fruits naturels: dans tous autres cas on ne peut exiger du dépositaire infidèle que des dommages-intérêts.

— Nous avons admis que le dépositaire doit compte des fruits qu'il a perçus, et de l'intérêt des deniers déposés, à partir du jour où il en a fait emploi à son usage : mais que devrait-on décider, s'il avait fait quelque spéculation avantageuse : Ces profits appartiendraient-ils au déposant ?

Pour l'affirmative, on dit que le dépositaire a violé la loi du dépôt et qu'il ne doit retirer aucun avantage de son infidélité : *Nemo ex suo delicto debet consequi emolumentum*; que le déposant s'est trouvé exposé au danger de perdre

(1) Dur. n. 51. Duvergier, n. 469. Zach. t. 3. § 403.

sa chose; qu'il paraît juste de lui attribuer en compensation le profit que cet emploi a pu procurer; enfin, que l'on doit, en pareil cas, considérer le dépositaire comme *negotiorum gestor*. — Ainsi, dans ce système, on invoque à la fois la morale, l'équité et les principes rigoureux du droit (1). — Cette opinion repose sur une fausse interprétation de la loi 6 au Code de *Rei vindicatione*:— Sans doute le dépositaire est en faute; mais lui enlever les bénéfices qu'il a faits en s'exposant, en définitive, à toutes les conséquences que la violation du depôt peut entraîner, ce serait ajouter aux peines rigoureuses qui résultent des textes. — Le déposant n'a pu compter que sur l'intérêt de son argent, suivant le taux ordinaire, et sur les fruits de la chose : à quel titre prétendrait-il s'approprier le produit du travail et de l'industrie du dépositaire? — Il ne peut exiger des dommages-intérêts; car l'imminence du danger ne suffit point pour fonder cette demande : il faut un préjudice souffert. — Supposons que le dépositaire ait prêté à usure : le déposant pourra-t-il réclamer ces profits illicites? — Assimiler le dépositaire au gérant d'affaires, c'est confondre deux positions essentiellement différentes: en se servant de la chose déposée, le dépositaire n'administre point pour le compte et dans l'intérêt du propriétaire; il agit en son nom personnel. — Au résumé, la loi n'accorde pas d'action contre celui qui a fait des bénéfices à ses risques et périls; la règle : *nemo ex suo delicto debet consequi emolumentum*, n'est point applicable ici, puisqu'il n'y a eu de dommage pour personne. — Tout ce que la loi veut c'est que le déposant soit indemnisé (2).

1937 — Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée, qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir.

= Trois cas sont prévus par cet article :

1° Le dépôt a été fait par un individu qui a le libre exercice de ses droits; —2° il a été fait par un mandataire;—3° un tiers a été désigné pour recevoir l'objet déposé.

Au 1er *cas*, La chose doit être restituée au déposant lui-même; sauf les exceptions déterminées par l'art. 1938 ;

Au 2e *cas*, Elle doit être rendue à la personne au nom de laquelle le dépôt a été fait;

Au 3e *cas*, La remise peut être valablement faite au tiers désigné, du moins tant que le déposant existe.

En un mot, le dépositaire ne se libère, qu'en payant entre les mains de ceux qui pourraient valablement l'actionner en restitution du dépôt : S'il prétend avoir été trompé les tribunaux apprécient (3).

Quid, si le dépôt a été fait par un incapable? Pour soutenir que la chose doit être restituée au déposant lui-même, on peut argumenter de ces mots de l'art. 1937 :« Le dépositaire ne doit restituer la chose qu'à celui qui la lui a confiée:»—mais ce serait méconnaître la pensée du législateur : il importe de prémunir le mineur, contre les surpri-

(1) Dalloz, n. 80.
(2) Duvergier, n. 471. Troplong, n. 105. Rolland, v°, dépôt n. 82.
(3) Delv. p. 310, n. 5. Troplong, n. 153. Dall. n. 121.

ses; il importe de déjouer les manœuvres des femmes mariées, qui veulent s'affranchir de la puissance maritale. C'est dans cette vue, que l'art. 1925 investit de l'action *depositi* le tuteur ou administrateur de la personnequi a fait le dépôt (1).

Quid, si le dépôt a été fait par une personne, en une certaine qualité ?

Si le déposant n'est plus en fonctions, ce n'est pas à lui qu'il faut restituer la chose; mais à la personne qui se trouve investie de cette même qualité : par ex., au mineur devenu majeur, lorsqu'il s'agit d'un tuteur, ou quand il s'agit d'un fonctionnaire à son successeur (1940-1941).

Lorsque le dépôt a été fait par plusieurs, on applique les règles de l'article 1939 : par conséquent, si la chose est indivisible, tous doivent s'entendre pour actionner le dépositaire; à moins qu'il n'existe dans le contrat une clause spéciale qui accorde à chacun des déposants le droit d'agir séparément. Si la chose est divisible, chaque déposant peut agir pour sa part.

Le propriétaire de la chose déposée ne peut agir contre le dépositaire par l'action *depositi*, lorsque le dépôt n'a pas été fait en son nom : il doit procéder par voie de saisie-arrêt entre les mains du dépositaire, et dénoncer la saisie au déposant. avec assignation pour voir ordonner la restitution.

Toutefois, Pothier (n. 63) admet, d'après la loi romaine, que si la chose avait été donnée en dépôt à une tierce personne par le dépositaire, le premier déposant pourrait actionner directement le second déposant, pour éviter un circuit d'action. — Dans notre droit, il doit jouir de la même faculté. (Voyez art. 1935.)

Lorsqu'une chose a été donnée en dépôt à plusieurs personnes, si elle a péri par la faute ou par le dol de l'une et de l'autre, le déposant peut les poursuivre solidairement en dommages-intérêts. — Si la chose à péri par la faute ou par le dol de l'une d'elles, cette personne seule est soumise à l'action *depositi*, les autres se trouvent libérées; en supposant, bien entendu, que le déposant n'ait pas stipulé que les dépositaires seraient cautions solidaires (Pothier, n. 64).

Si le déposant, a indiqué un tiers pour recevoir le dépôt, le dépositaire se libère valablement en remettant la chose à ce tiers, à moins que le mandat n'ait été révoqué, et que le dépositaire n'ait eu connaissance de la révocation.

Mais que faut-il décider si le déposant est mort? est-ce à son héritier, ou au tiers désigné, que la chose doit être remise ? C'est à l'héritier du déposant : l'indication n'est qu'un mandat; or, le mandat s'éteint par la mort du mandant (2003). L'art. 1939 a pour but de régler ce dernier état de choses: s'il était uniquement relatif au

(1) Pothier, n. 5 et 6. Troplong, n. 138.

cas où un tiers n'aurait pas été indiqué pour recevoir le dépôt, on ne comprendrait pas son utilité; car l'héritier étant légalement substitué à tous les droits et actions de son auteur, le législateur n'avait pas besoin de lui attribuer la restitution du dépôt, par une disposition expresse et spéciale : au contraire, appliquée au cas où un tiers est désigné pour recevoir le dépôt, cette disposition devient nécessaire pour prévenir les abus qui pourraient résulter des fidéicommis (896). — Il est facile de reconnaître qu'à la vérité elle manque de précision ; mais elle établit une exception à la règle de l'art. 1937 : nul en effet n'aurait la pensée de considérer le dépôt avec charge de remettre à un tiers, comme un mode légal de transmission car « on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, suivant les formes établies » (893); ce serait d'ailleurs méconnaître l'esprit de la loi : — « Il semble d'abord, a dit le tribun Favard, devant le Corps législatif, que la chose déposée devrait être remise à la personne indiquée pour la recevoir, parce qu'elle est censée y avoir une sorte de droit acquis ; mais en y réfléchissant, on voit que le déposant a conservé jusqu'à sa mort la propriété du dépôt; qu'il a pu le retirer à sa volonté et que la destination projetée n'ayant pas reçu son exécution, il en résulte que l'héritier du déposant lui succède dans la plénitude de ses droits; qu'ainsi, le dépositaire ne peut pas, à l'insu de l'héritier, disposer du dépôt en faveur de la personne qui lui avait été désignée ; parce que le dépôt serait un fidéicommis qui aurait souvent pour but de cacher des dispositions prohibées. » (Fenet., t. 14, p. 515) (1).

Il nous paraît donc évident qu'après le décès du déposant, la personne désignée par lui pour recevoir la chose déposée, n'a plus aucun droit sur cette chose; que le mandat s'éteint, et que la remise doit avoir lieu entre les mains des héritiers du mandant.

Nous exceptons, bien entendu, le cas où la charge de remise serait comprise dans un acte revêtu des formes voulues pour la vali-

(1) Coin. — Delisle sur l'art. 932. Duvergier, n. 483. Troplong, n. 150. Cass. 22 novembre 1819. Paris, 1er mars 1826. Caen, 12 mars 1827. Montpellier, 6 mars 1828. Cass. 16 août 1842. Dev. 1842, 1359. — Douai, 31 décembre 1834. Dev. 1835, 2, 215.

On peut opposer un arrêt de la Cour de Nîmes, du 2 janvier 1833 Dev. 1833, 2, 203 : Mais dans l'espèce jugée par cet arrêt, il ne s'agissait pas d'un dépôt proprement dit: le défunt, oncle du demandeur, avait expressément déclaré par testament que le legataire ne comprendrait pas la chose litigieuse ; dès lors, la demande a dû être repoussée par une fin de non recevoir tirée du défaut d'intérêt et par cette considération que le dépositaire devait être en fait considéré comme exécuteur testamentaire.

On nous opposera encore un arrêt de cassation et un arrêt de Nîmes (Cass. 26 août 1816. Nîmes, 8 décembre 1822 : mais il faut observer, que dans les espèces jugées, le dépôt avait eu lieu dans l'intérêt des experts, comme garantie du paiement de leur opération ; que le dépositaire avait contracté envers ces derniers, l'engagement de conserver les deniers en dépôt; qu'il y avait obligation personnelle de sa part; que les fonds appartenaient conditionnellement aux experts : la mort du déposant ne pouvait donc changer la position de ces derniers. Les arrêts dont il s'agit sont donc étrangers à la question qui nous occupe.

dité des testaments : cette disposition serait alors un legs fait à la personne désignée.

1938 — Il ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée.

Néanmoins, s'il découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant (1). Si celui auquel la dénonciation a été faite, néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu.

=Le droit de réclamer la chose est attaché à la qualité de déposant: il est clair, dès lors, que le dépositaire ne peut refuser de restituer, sous prétexte que ce dernier ne justifierait pas de sa propriété : ce ce serait lui procurer un moyen indirect d'échapper aux engagements qu'il a contractés : une saisie-arrêt est la seule cause légale qui puisse remettre obstacle à la restitution (*Voyez* art. 1944).

Toutefois, gardons-nous de pousser la rigueur du principe jusqu'à l'abus : Le dépositaire est intéressé à se mettre à l'abri des soupçons de détournement ou de recel; or, il se rendrait coupable de complicité par recel s'il remettait la chose au déposant, sachant qu'elle a été volée (art. 62, C. Pén.) : avant de s'en dessaisir, il doit, lorsqu'il connaît le propriétaire, lui dénoncer le dépôt, avec sommation d'enlever la chose dans un certain délai.—Ce délai varie nécessairement, suivant l'éloignement de la personne et suivant la nature de l'objet déposé (*Voyez* art. 1922).

Après l'expiration du délai fixé, le dépositaire n'a plus de prétexte pour différer la restitution : le propriétaire supporte les suites de sa négligence (2).

Il faut bien observer, que la chose ne doit pas être remise au propriétaire par cela seul qu'il justifie de son droit : le dépositaire, en effet, n'a qu'un rôle passif; il n'est pas appelé à apprécier le mérite des réclamations : la prudence lui commande, de ne point restituer sans avoir préalablement appelé le déposant : en cas de contestation sur la propriété de l'objet, il doit attendre le résultat du jugement. — Dans ce débat nul doute que le propriétaire pourra user de la preuve testimoniale (3).

Le dépositaire qui néglige de remplir les devoirs que cet article lui impose, est passible de dommages-intérêts (arg. de l'art. 1383).

(1) Pothier n'impose au dépositaire que le devoir moral d'avertir le propriétaire ; le Code fait de cet avertissement une obligation.

(2) Dur. n. 58. Zach. p. 113. Duvergier, n. 477. Troplong, n. 142 et 143.

(3) Duvergier, n. 477.

Les règles établies par l'art. 1938, pour le cas de vol, s'appliquent-elles au cas où une chose perdue a été donné en dépôt par celui qui l'a trouvée? On peut dire que ces règles dérogent au principe établi par l'art. 1937; que les considérations d'ordre public sur lesquelles elles sont fondées, ne se présentent pas en cas de perte de la chose (L., 31, § 1, ff. *Depos.*); qu'il faut par conséquent les restreindre au cas prévu (1). — Quoi qu'il en soit, en matière de dépôt on doit prononcer d'après l'équité : or, la véritable justice consiste à rendre à chacun le sien (arg. de l'art. 2279 et 2280) (2).

1939 — En cas de mort naturelle ou civile de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier.

S'il y a plusieurs héritiers, elle doit être rendue à chacun d'eux pour leur part et portion.

Si la chose déposée est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir.

= La loi fait ici l'application des règles du droit commun sur la transmission des créances : il est clair, qu'après la mort du déposant, c'est à son héritier ou autre successeur que la chose doit être rendue.

Quand il y a plusieurs héritiers, on distingue : si la chose est *divisible*, disons mieux, si elle est susceptible de parties réelles, le dépositaire doit remettre à chacun des héritiers séparément la part qui lui revient; bien entendu, après avoir fait régulièrement constater la consistance de la chose déposée (3).

Lorsqu'elle ne peut être *matériellement* divisée, ce qui a lieu, lorsqu'elle consiste en un corps certain tel qu'un cheval, un tableau, une pendule, les héritiers doivent s'entendre pour la recevoir. — S'ils ne peuvent y parvenir, le dépositaire reste gardien. Libre à lui, du reste, de s'affranchir des obligations qu'entraîne le dépôt, en faisant ordonner par justice, les héritiers dûment appelés, qu'il remettra cette chose à l'un d'eux, lequel devra ensuite indemniser ses cohéritiers (4).

Sous ce rapport, la disposition de l'art. 1939 diffère de celle de l'art. 1224 : en effet, aux termes de ce dernier article, chaque héritier du créancier peut se faire livrer la chose, à charge ensuite par lui, d'indemniser ses cohéritiers : ici, tous les héritiers doivent s'accorder pour recevoir le dépôt : Pourquoi cette différence? L'art. 1224 se réfère à l'art. 1217; il suppose que la chose n'est divisi-

(1) Zach. t. 3, p. 113. Troplong, n. 144. Duvergier, n. 476.
(2) Dur. n. 58. Delv. p. 211, n. 4. Cass. 26 août 1813.
(3) Zach. t. 3, § 403. Dur. n. 60. Delv. t. 3, p. 203, n. 7.
(4) Pothier, n. 54. Troplong, n. 159.

ble ni matériellement ni intellectuellement; l'art. 1939. Al. 3, suppose qu'elle peut être divisée matériellement, bien quelle soit indivisible intellectuellement.

Il faut appliquer, par identité de raisons, les règles tracées par l'art. 1939, au cas où le dépôt aurait été fait par plusieurs personnes ou pour le compte de plusieurs personnes (Dur., n. 61, t. 18).

En cas de mort du dépositaire, chacun de ses héritiers n'est tenu du dépôt que pour sa part héréditaire; mais celui qui détient l'objet déposé peut être poursuivi pour le tout: — les obligations des héritiers du dépositaire, en un mot, sont celles des héritiers de tout débiteur d'un corps certain.

Lorsqu'il y a plusieurs dépositaires, on procède comme si le dépôt avait été confié à un seul, qui serait mort laissant plusieurs héritiers; à moins que les dépositaires ne soient obligés solidairement (1).

Le déposant peut-il valablement interdire à ses héritiers de répéter le dépôt? Si cette défense est contenue dans un testament, elle équivaut à un legs fait implicitement au dépositaire : — mais lorsque la prohibition résulte d'un acte entre-vifs, la probibition dont il s'agit nous paraît condamnée par l'art. 1939 : il résulte en effet, de cet article que dans le cas de décès du déposant, la chose doit être remise à ses héritiers, de préférence à toute autre personne indiquée pour la recevoir (2).

Quid, si le dépôt a pour objet du numéraire remis dans un sac cacheté ou dans un coffre fermé ? En cas d'urgence, le juge du référé ouvrira le sacou le coffre et le recachètera après en avoir tiré la part de l'héritier : le reste demeurera entre les mains du dépositaire (3).

—*Quid*, si la chose étant divisible, et l'un des héritiers ayant reçu sa part, le surplus a péri entre les mains du dépositaire ? Cette perte sera supportée par ceux des héritiers qui n'auront rien reçu, sans recours contre l'héritier qui aura reçu sa part : l'indivision a cessé à l'égard de ce dernier ; il n'a reçu que ce qui lui revenait ; donc, on ne peut le rendre victime de l'insouciance de ses cohéritiers. —Vainement argumenterait-on de l'art. 1849 : cet article consacre une règle particulière au contrat de société (Troplong, n. 157).

Quid, si les choses sont des corps certains ? pendant l'indivision chaque héritier a des droits sur chacune des choses transmises ; ils n'acquièrent de droits distincts que par l'effet d'un partage régulier : la chose qui se trouve entre les mains du dépositaire, doit dès lors être partagée comme chose commune (Troplong, n. 158).

1940 — Si la personne qui a fait le dépôt, a changé d'état ; par exemple, si la femme, libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari ; si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction ; dans tous ces cas et autres de même nature, le

(1) Dur. t. 18, n. 61. Troplong, n. 113. Zach. t. 3, p. 403.
(2) Troplong, n. 75 et 150.
(3) Pothier, n. 54. Dur. n. 59. Duvergier, n. 481. Troplong, n. 156.

dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des droits et des biens du déposant.

1941 — Si le dépôt a été fait par un tuteur, par un mari, ou par un administrateur, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à la personne que ce tuteur, ce mari ou cet administrateur représentaient, si leur gestion ou leur administration est finie.

= L'art. 1940 et l'art. 1941 sont fondés sur le principe, que c'est la qualité de la personne, plus encore que le fait matériel du dépôt, qui doit déterminer la restitution.

— Si un tiers a été désigné par l'acte de dépôt pour recevoir la chose, le changement d'état du déposant fait il obstacle, comme le décès (1939), à l'exécution de cette clause? — L'affirmative est certaine, lorsque le changement d'état résulte de l'interdiction ou de la déconfiture (2003) : Mais si le dépôt a été fait par une femme qui depuis s'est mariée, le mandat continue tant qu'il n'a pas été révoqué par le mari. — Remarquons en effet que le mariage n'est pas mis par la loi au nombre des événements qui font cesser de plein droit le mandat (1).

1942 — Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant.

= Le dépositaire doit restituer la chose dans le délai désigné : mais comme il s'est chargé du dépôt pour rendre service au déposant, l'équité ne permet pas qu'il supporte les frais de transport : *officium suum nemini debet esse damnosum.*

Que doit-on décider, lorsque plusieurs endroits ont été alternativement désignés pour la restitution du dépôt? Le choix appartient au dépositaire, car il est débiteur (1190).

1943 — Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt.

= On doit entendre par ces mots : *le lieu même du dépôt*, l'endroit où se trouve la chose au moment où la restitution est demandée : il ne serait pas juste que le dépôt tournât au préjudice du dépositaire.—Telle était la règle de notre ancienne jurisprudence, ainsi que l'enseigne Pothier (n. 57) (2); on n'examinait pas si ce lieu était plus éloigné que celui où l'on avait livré la chose, il suffisait qu'elle y eût été transportée sans malice.

Delvincourt (p. 210, n. 4) pense que la chose doit être restituée

(1) Troplong, n. 262.
(2) *Voy.* en outre, Duvergier, n. 488. Dur., t. 18, n. 67. Troplong, n. 169.

dans le lieu où elle se trouvait au moment du contrat, conformément à la règle établie par l'art. 1247 : mais évidemment, le législateur n'a pas entendu obliger le dépositaire à se déplacer pour effectuer la restitution.—Il est bien entendu que, si le déposant offrait de payer les frais de transport, et de prendre à sa charge tous les risques, le dépositaire n'aurait pas lieu de se plaindre, puisqu'il ne serait exposé à aucun dommage.

Nous pensons même que le dépositaire ne pourrait refuser de transmettre la chose dans un lieu autre que celui qui aurait été désigné par le contrat pour la restitution : en supposant toujours que le mandant offrît de l'indemniser de tous ses frais et avances.

1944 — Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée.

— Le déposant peut réclamer la chose quand bon lui semble ; quand même on serait convenu d'un terme pour le retirement ; car ce terme n'aurait pas été stipulé dans l'intérêt du dépositaire, mais dans celui du déposant : le dépositaire n'est qu'un simple gardien, il doit toujours être prêt à restituer (1).

Toutefois cette règle souffre exception, lorsque des événements indépendants de la volonté du dépositaire, s'opposent à la remise immédiate ; par ex. : S'il existe entre les mains du dépositaire une saisie-arrêt ou une opposition au déplacement de la chose déposée ; si la chose a été transportée de bonne foi dans un lieu autre que celui où elle doit être rendue ; si elle est enfermée dans des magasins qu'on ne peut ouvrir à l'instant ; si le déposant a permis au dépositaire de s'en servir ; enfin, si, la chose ayant été volée ou perdue, le dépositaire demande un délai suffisant pour prévenir le propriétaire.

Le dépositaire est encore dispensé de se dessaisir immédiatement, lorsqu'il a fait, pour conserver la chose, des dépenses dont on ne lui offre pas le remboursement. = Mais s'il était créancier pour toute autre cause, il ne pourrait opposer la compensation de ce qui lui serait dû (1293, n. 2) (2).

Le dépositaire pourrait-il saisir entre ses mains la chose déposée, pour une cause étrangère au dépôt, ou du moins retenir cette chose jusqu'au paiement ? — La loi n'a pu vouloir que le dépôt, qui est un

(1) Cass. 4 janvier 1869 et 28 juillet 1829.
(2) Aix, 24 février 1808 et Rennes, 9 septembre 1814.

contrat de confiance, pût devenir l'objet d'une violation des devoirs qu'impose l'amitié.

Une sommation est-elle nécessaire pour que le dépositaire soit en demeure de restituer le dépôt ? Le juge est appréciateur des circonstances (1).

De même que le déposant peut, à toute époque, réclamer sa chose ; de même, le dépositaire peut se démettre du dépôt à sa volonté, quand il n'y a point de terme déterminé pour la durée du contrat; pourvu, toutefois, qu'il n'use pas de cette faculté à contre-temps (2).

Le dépositaire doit les intérêts de la somme déposée, à partir du jour où il a été constitué en demeure de restituer et même à partir du jour où il est prouvé qu'il en a fait emploi à son profit — si le dépôt a pour objet toute autre chose que des deniers, il doit des dommages-intérêts. (*Voy.* p. 472 et 477).

La contrainte par corps peut être prononcée contre lui pour dommages-intérêts qui excèdent 300 fr. (126 Pr.). — Ce cas ne doit pas être confondu avec celui que prévoit l'art. 2060, § 7.

1945 — Le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession.

= Le dépositaire infidèle ne mérite point l'indulgence que l'on accorde au malheur joint à la bonne foi (*voyez* art. 1268, C. c.; 905, Pr.; 575, C. de com.) : *Contractus depositi est sacer contractus*, dit Cujas.

Toutefois, ne concluons pas de ces dispositions, qu'il y ait nécessairement infidélité dans tous les faits ou omissions dont le dépositaire est responsable ; autrement, il faudrait décider que tout dépositaire condamné en cette qualité est réputé infidèle, et qu'il se trouve exclu comme tel du bénéfice de cession; ce qui ne peut être: — L'infidélité suppose que le dépositaire a manqué frauduleusement sous tous autres rapports aux obligations que sa qualité lui imposait. — Les Romains le déclaraient infâme.

Le dépositaire infidèle est-il soumis à la contrainte par corps? Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : La cession de biens ne procure au débiteur d'autre avantage que celui de s'affranchir de la contrainte par corps : or, l'art. 1945 lui refuse le bénéfice de cession ; donc on suppose qu'il est contraignable par corps (3). — C'est là, confondre deux cas distincts ; assurément, cette voie d'exécution sera donnée contre le dépositaire infidèle, en vertu de l'art 52 Code pénal, s'il a été condamné correctionnellement, par application de

(1) Cass., 4 thermidor an XIII. Paris, 23 prairial an XII.
(2) Zach. t. 3, p. 114. Dall. n. 110.
(3) Dur. n° 454 et 69. Zach. t. 3, p. 113.

l'art. 408 du même Code : mais s'il est seulement poursuivi en dommages-intérêts devant les tribunaux civils, sa position est bien différente: En principe, la contrainte par corps ne peut être prononcée par induction ; il faut, aux termes de l'art. 2063, un texte formel: or, la loi garde le silence sur ce point en matière de dépôt volontaire.

Quel est donc l'objet de notre article ? Ces mots : le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession, se réfèrent au cas où le juge, usant de la faculté que lui confère l'art. 126 Pr., condamnerait le dépositaire à des dommages-intérêts excédant 300 fr. (1) : il accordera cette voie d'exécution, si le dépositaire s'est rendu coupable de dol ou autres faits qui caractérisent l'infidélité ; dans le cas contraire, c'est-à-dire, si on ne peut lui reprocher que de la négligence ou autres fautes légères qui n'excluent pas la bonne foi, il ne fera pas droit aux conclusions que le déposant aurait signifiées à cet effet.

1946 — Toutes les obligations du dépositaire cessent, s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée.

= On ne peut être gardien de sa propre chose.

Il est bien entendu, que l'art. 1946 ne règle pas le cas où le déposant, ayant le droit de détenir la chose, par ex., comme usufruitier, aurait confié cette chose en dépôt au propriétaire.

Celui qui, par erreur, met en dépôt sa propre chose, ne contracte pas les obligations d'un dépositaire; seulement, il doit établir son droit.

SECTION IV.

DES OBLIGATIONS DE LA PERSONNE PAR LAQUELLE LE DÉPÔT A ÉTÉ FAIT.

Le contrat de dépôt produit deux actions : l'une en faveur du déposant pour obliger le dépositaire à restituer (*actio depositi directa*) ; — l'autre, en faveur de ce dernier, pour le remboursement des dépenses que lui ont occasionnées les choses déposées (*actio depositi contraria*). — Cette dernière action est garantie par le droit conféré au dépositaire, de retenir la chose déposée et par un privilége. (*Voyez* art. 2102, n° 3).

Rappelons ici, que le déposant ne contracte immédiatement aucune obligation, et qu'il peut seulement se trouver incidemment obligé.

(1) Duvergier, n. 500. Troplong, n. 181 et suiv. Cass. 18 novembre 1834. Dev. 1834 1, 777.

1947 — La personne qui a fait le dépôt, est tenue de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées.

— Le dépositaire doit être indemnisé intégralement de toutes les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée; c'est-à-dire, de toutes celles qui étaient *nécessaires* et *urgentes:* par ex., si je reçois en dépôt un cheval, le déposant devra me rembourser les frais de nourriture, de pansement, ou de médicaments que j'aurai avancés.

On doit même lui accorder la plus-value qui résulte des dépenses simplement *utiles;* car à la différence de l'emprunteur, il ne reçoit pas un service; c'est lui qui en rend un : sa position est donc plus favorable (1890) (1).

Quant aux impenses voluptuaires, le dépositaire en reste chargé : mais il peut faire usage de la faculté que l'art. 599, al. 3, accorde à l'usufruitier (Zach, t. 3, § 403).

Le dépositaire peut en outre se faire indemniser des pertes que le dépôt lui a occasionnées : tel serait le cas où, dans un événement malheureux, il aurait laissé périr ses propres effets, pour sauver ceux qui lui étaient confiés — On donne encore pour exemple, le cas où des voleurs auraient brisé des armoires pour enlever la chose qui s'y trouvait déposée : le déposant serait tenu de réparer ce dommage (Troplong, n. 190).

Enfin, il a droit à la réparation du préjudice que les vices de la chose lui a causé, bien que le déposant n'ait pas eu connaissance de ces vices au moment du dépôt (Arg. de l'art. 1721. Delv., p. 211, n. 6).

Le dépositaire ne peut rien réclamer, si la perte occasionnée par le dépôt est le résultat de sa faute ou de sa négligence (2).

Les sommes avancées par le dépositaire, pour la garde et la conservation de la chose, sont-elles de plein droit productives d'intérêts? L'art. 2001 accorde cette faveur au mandataire; mais le titre du dépôt ne contient point de disposition semblable : — concluons de ce silence, que les intérêts ne courent, au profit du dépositaire, qu'à partir du jour où il a formé une demande en remboursement de ses avances : il doit s'imputer de ne pas avoir fait de réserves dans l'acte de dépôt (Dall. n. 116).

(1) Dur. n. 73. Duvergier, n. 502.
(2) Pothier, n. 79. Duvergier, n. 503. Troplong, n. 19.

1948 — Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.

= La loi accorde au dépositaire, pour sûreté du remboursement des impenses qui lui sont dues à raison du dépôt (1947), le droit de retenir la chose jusqu'à parfait paiement (1). — Ce droit n'est pas étendu aux créances qu'il peut avoir contre le déposant, en dehors du dépôt (Pothier, n 59).

Les impenses *nécessaires* que le dépositaire a faites sont même garanties par un *privilége* (2102 n. 3); — mais il ne jouit pas de cet avantage, pour les impenses utiles, ni même pour l'indemnité du dommage que les vices de la chose lui ont causé; car les priviléges sont de droit étroit (2).

SECTION V.

DU DÉPÔT NÉCESSAIRE.

Le dépôt appelé *nécessaire*, est celui qui est commandé par une nécessité absolue, ou par un événement de force majeure tout à fait imprévu (3).

Nous disons, par une *nécessité absolue :* car le dépôt nécessaire peut résulter, non-seulement d'une force majeure; mais encore d'un événement qui n'ait rien de fâcheux, et qu'on a pu prévoir : en effet, la loi considère comme dépôt nécessaire, le fait du voyageur qui apporte des bagages dans une auberge ou dans une hôtellerie (1795) (4).

Le dépôt nécessaire exige, de même que le dépôt volontaire, le consentement des parties; il est soumis aux mêmes règles que le dépôt volontaire, sauf les deux exceptions suivantes :

1° La preuve du dépôt nécessaire peut être faite par témoins, sans commencement de preuve par écrit, quoique la valeur de la chose déposée excède 150 fr. (1950 et 1348, n. 2).

2° Le dépositaire est soumis à la contrainte par corps pour les condamnations qu'il a encourues; soit à raison du détournement

(1) Dur. n. 74. Duvergier, n. 305. Troplong, n. 196. Cass. 28 février 1816. Lyon, 27 août 1849. D. p. 50, 2, 14.

(2) Troplong, Hyp. n. 257, t. 1. Dur. t. 18, n, 74. *Voy.* cep. Duvergier, n. 506.

(3) Quelque impérieuse que soit la nécessité à laquelle obéit le déposant, quelque inattendu, quelque désastreux que soit l'événement qui ait pu le déterminer à faire un dépôt, on rencontre toujours, dans la convention qui intervient, le consentement réciproque des deux parties : il n'est donc pas exact de dire avec M. Réal, orateur du gouvernement, dans son exposé des motifs, qu'il ne s'agit pas ici d'un *contrat*; mais d'un *quasi-contrat* fondé sur la nécessité.

(4) C'est donc à tort, que certains auteurs donnent au dépôt nécessaire la dénomination le dépôt misérable (*depositum miserabile*).

frauduleux qu'il a commis, soit à raison de la perte ou de la détérioration arrivée par sa faute (2060, 1°).

Nous ne parlons pas des poursuites au criminel qui peuvent être dirigées contre le dépositaire prévenu d'avoir détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires les choses qui lui ont été confiées : il n'y a rien là de particulier au dépôt nécessaire (408 C. Pén.).

Le dépôt nécessaire prend fin de la remise de la chose entre les mains du propriétaire ou de ses représentants ; cette remise peut être prouvée par témoins comme le fait même du dépôt : le juge peut dès lors se déterminer par des présomptions (1353).

1949 — Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage, ou autre événement imprévu (1).

= Cette définition manque d'exactitude; en effet, le dépôt nécessaire n'est pas toujours forcé par un événement malheureux ou imprévu : nous avons déjà dit, que la loi voit un dépôt nécessaire, dans le fait du voyageur, qui apporte ses bagages dans une auberge ou dans une hôtellerie (*Voy.* art. 953).

La définition suivante, donnée par Duvergier (n. 509), eût été préférable : « Le dépôt nécessaire est celui qui a lieu à la suite d'événements qui ne permettent pas de prendre un autre parti ; que ces événements soient heureux ou malheureux, prévus ou imprévus. »

Observons, que le législateur s'est borné à donner quelques exemples des cas imprévus qui peuvent donner lieu au dépôt nécessaire : les tribunaux sont appréciateurs des événements qui n'ont pas permis au déposant de se procurer une preuve écrite (2) : Tels seraient les cas d'une sédition, d'une inondation, d'un naufrage, d'une violence exercée. — Notons seulement, que le dépôt ne peut être considéré comme nécessaire, qu'autant qu'il est le résultat d'une force majeure, et qu'il a pour but de préserver la chose d'un péril (3).

1950 — La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs.

= Les circonstances n'ayant pas permis au déposant de se pro-

(1) Cette définition empruntée de la législation romaine manque d'exactitude; car elle n'embrasse pas tout ce qu'elle doit comprendre aux termes de l'art. 1952 ; en effet, le dépôt fait dans une hôtellerie est également considéré comme nécessaire (Duvergier, n. 508).

(2) Cass. 17 mai 1810.

(3) Rennes, 2 août 1819. Cass. 12 août 1848, D. p. 48, 5, 9.

curer une preuve écrite du dépôt, on ne pouvait, sans méconnaître les lois de l'équité, lui refuser la faculté de faire entendre des témoins même au delà de 150 fr. sans commencement de preuve par écrit (*voy.* 1348); sauf au juge à prendre en considération la qualité des personnes et les circonstances du fait.

La preuve par témoins a deux objets : 1° la nécessité ; 2° le dépôt. — L'une de ces conditions serait vainement établie, si l'autre ne l'était pas Au surplus, elles se prouvent d'ordinaire en même temps, par la même enquête.

La disposition de l'art. 1369 (relative au serment supplétoire) est applicable : mais le juge, il faut se le rappeler, ne doit admettre l'affirmation assermentée, que pour compléter sa conviction déjà ébranlée par l'appréciation des faits, et dans certaines limites fixées eu égard tant à la valeur approximative des effets volés ou perdus, qu'à la condition du demandeur (1357-1360), (Troplong, n. 215).

1951 — Le dépôt nécessaire est d'ailleurs régi par toutes les règles précédemment énoncées.

= Il suit de ce texte, 1° que dans le dépôt nécessaire, comme en matière de dépôt volontaire, le dépositaire n'est tenu que de son dol et de sa faute lourde (1927) ; —2° que dans un cas comme dans l'autre, il y a lieu d'appliquer la disposition de l'art. 1926, sur la capacité des contractants. —On prétendrait donc vainement soumettre l'incapable, devenu dépositaire, aux règles de l'article 1950 sur la preuve du dépôt nécessaire, sous prétexte que dans le moment où est survenu le désastre, le déposant n'était pas libre de choisir : l'incapable ne peut avoir acquis, par un événement fortuit, la capacité de s'obliger sans utilité pour lui-même.

On admet en jurisprudence que l'action en indemnité pour violation d'un dépôt nécessaire, est de la compétence du tribunal civil, même entre commerçants (1).

1952 — Les aubergistes ou hôteliers (2) sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux ; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire (3).

= Ici encore, la nécessité se manifeste, bien qu'elle soit moins impérieuse que dans les cas prévus par les art. 1949-1951 : le légis-

(1) Lyon, 14 janvier 1841. Dall., n. 156.

(2) On nomme aubergistes ou hôteliers les personnes qui font profession de loger des voyageurs.

(3) Les mots qui terminent l'article 1952, démontrent que la responsabilité de l'aubergiste est plutôt l'effet d'un contrat de louage que celui qui naît d'un dépôt : du reste, la loi ne dit pas, il faut le remarquer, qu'un dépôt nécessaire se forme entre les parties : elle se borne à assimiler à un dépôt nécessaire la convention qui intervient ; mais nous verrons, art. 1954, que

lateur a dû traiter l'aubergiste plus sévèrement qu'un simple dépositaire; car on va dans une hôtellerie par nécessité, sans prendre de renseignements sur la moralité de ceux qui la tiennent, plein de confiance dans la garantie que présentent les mesures prises par l'autorité pour la sûreté générale. — Ajoutons, que les hôteliers ne se chargent pas des effets du voyageur par un pur office d'ami; mais parce qu'ils tirent un avantage de la location de leurs chambres: il y a dépôt sans doute pour les effets du voyageur; mais il y a louage pour le logement et pour les services rendus(1732).—L'art. 1954 corrobore la disposition qui nous occupe : en déclarant que l'aubergiste ou l'hôtelier n'est pas responsable des vols faits avec force armée ou autre force majeure, cet article le soumet implicitement à la responsabilité de la perte résultant de toutes autres circonstances. — Il alléguerait vainement, que le voyageur était accompagné de son domestique; qu'il y a eu de la part de ce dernier défaut de surveillance : le salaire qu'ils reçoivent est le prix de la sécurité que toute personne doit trouver chez eux (1).

Les personnes qui louent des chambres garnies sont assimilées aux hôteliers et aux aubergistes (Arg. de l'art. 2 de la loi du 25 mai 1838) (2).

Que faut-il décider à l'égard de celles qui tiennent des cafés, des restaurants, des bains publics, des tables de pension ou autres établissements de ce genre? Il s'agit ici de règles spéciales : on doit par conséquent restreindre ces règles aux cas qu'elles prévoient.—Vainement objecterait-on, que les personnes qui vont dans ces sortes de lieux ne peuvent exiger un reçu de leurs effets; qu'on ne saurait dès lors leur refuser le bénéfice de l'article 1952 (3) : La loi ne considère comme dépôt nécessaire, que les bagages apportés par le voyageur qui *loge dans l'auberge ou dans l'hôtellerie :* celui qui entre dans tout autre établissement, doit veiller sur ses effets (Duvergier, n. 522. Dalloz, n. 162).

Au surplus, nous n'entendons pas dire que le chef de l'établissement soit affranchi de toute responsabilité : nul doute que des condamnations pourront être obtenues contre lui, s'il est en faute, ou si ses domestiques ont manqué de vigilance : mais alors, le demandeur n'agira pas en vertu des art. 1952 et 1953 : les art. 1382, 1383 et 1384 seront seuls applicables.

Conformément à ces principes, le propriétaire d'un bain public a

l'aubergiste ou l'hôtelier est assujetti à une vigilance plus grande que les dépositaires volontaires ou même nécessaires.

(1) Lyon, 29 août 1844, D. p. 462, 84.

(2) Duvergier, n. 521. Troplong, n. 228. Merlin, quest. v°, dépôt nécessaire. Cass., 27 juin 1811—loi du 25 mai 1838: Cette loi attribue aux juges de paix, jurdiction pour connaître des contestations entre les hôteliers ou aubergistes et les voyageurs; elle comprend dans la même disposition les procès entre les logeurs et les locateurs en garni.

(3) Troplong, n. 229. Merlin, Quest. v° Dépôt nécessaire.

été déclaré responsable d'une montre oubliée par un baigneur dans le cabinet qu'il avait occupé (1383 et 1384) (1).

Revenons à la responsabilité des aubergistes ou hôteliers.

L'aubergiste et l'hôtelier sont responsables de tous les effets apportés par le voyageur dans leur établissement : le mot *effets*, reçoit ici la signification la plus générale : il comprend non-seulement les objets à l'usage du voyageur; mais encore les marchandises qu'il apporte avec lui; en un mot tous ses bagages ; même les animaux (2).

Pour que les aubergistes ou hôteliers soient reponsables, la loi n'exige pas que les valeurs et marchandises aient été confiées à leur garde :Le dépôt résulte du seul fait d'apport des effets dans l'auberge ou l'hôtellerie (3).— Bien plus, quand il s'agit de marchandises ou d'une voiture, il suffit que ces choses aient été mises dans un lieu destiné à les recevoir (4).

Jugé, que l'aubergiste répond des grosses marchandises placées par un voyageur, dans la cour de son auberge, quoique cette cour soit assujettie à un droit de passage (5), et même de celles qui sont laissées sur la voie publique, faute d'emplacement pour les recevoir (6).

L'hôtelier est-il responsable des sommes considérables ou des objets d'un grand prix, susceptibles d'être facilement soustraits à raison de leur petit volume, tels que des bijoux, pierreries, objets d'art ou d'antiquité, etc., s'ils n'ont pas été remis à sa garde personnelle? Toullier (t. II, n. 255), admet sans distinction la négative (7) : Le projet soumis à l'examen du tribunat, dit-il, contenait un article 38 ainsi conçu : « L'hôtelier ou l'aubergiste est responsable des effets apportés par le voyageur encore qu'il n'aient pas été remis à sa garde personnelle » ; cet article a été supprimé sur les observations du tribunat : Il est donc manifeste, que dans notre espèce, les aubergistes ou hôteliers ne sont pas responsables.

Telle était, nous le reconnaissons, l'opinion de nos anciens auteurs : le nouveau Denizart (v° aubergiste § 3 n. 3), exigeait desvoyageurs une déclaration des objets précieux et de petit volume, tels que diamants et bijoux. —Pothier (n. 79) allait plus loin : il décidait « que le dépôt des effets, quelle que fût leur nature ou leur impor-

(1) Cass. 4 juillet 1811. Réquisitoire de Merlin, Rapporté par Devilleneuve.

(2) Rennes, 26 décembre 1833. Dall. n. 170.

(3) Suivant Pothier, Dépôt, n. 79, l'aubergiste n'est responsable que des effets qui lui ont été expressément donnés en garde.

(4) Troplong, n. 218 et suiv. Dur., n. 83 et 203. Duvergier, n. 513. et suiv. Zach., t. 3, p. 116. Toullier, t. 9, n. 202, 211, t. 248.

(5) Metz, 17 août 1812.

(6) Troplong, n. 227. Dur. t. 18, n. 83. Zach. § 406, p. 116. Duvergier, n. 515. Paris, 15 septembre 1808, 14 mai 1839. Dev. 1839, 2, 264.

(7) Dev. dans le même sens Duvergier, n. 519, et Paris. 2 avril 1811.

tance, n'était pas censé intervenu, par cela seul que le voyageur avait apporté ses effets dans l'auberge au vu et su de l'aubergiste, s'ils ne lui avaient été *expressément donnés en garde.* »

Ces divers systèmes ne sont point dans l'esprit des lois modernes : Il s'agit ici, ne l'oublions pas, de règles exceptionnelles; or l'art. 1952 du Code civil, ne parle ni de déclaration préalable, ni de mise en garde : il porte en termes absolus, que les aubergistes sont responsables des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux ; sans avoir égard au volume ni à la valeur de ces objets.—L'art 38 du projet a été supprimé, il est vrai ; mais cette suppression ne prouve nullement que les auteurs du Code aient entendu consacrer la théorie de nos anciens auteurs : On lit ce qui suit dans les observations du tribunat : « La section pense que cet article doit être supprimé; elle regarde comme suffisant, l'art. 37 *qui déclare formellement les aubergistes ou hôteliers responsables des effets apportés par le voyageur* qui loge chez eux. Il a paru beaucoup trop rigoureux, d'assujettir les aubergistes ou hôteliers, sans distinguer aucune circonstance et sans excepter aucun cas, à la responsabilité de tout ce qu'un voyageur aurait apporté chez eux, quand même ce seraient des objets du plus léger volume et du plus grand prix, et que même le voyageur n'aurait prévenu personne. Cette extrême rigueur deviendrait quelquefois une grande injustice, et comme il est impossible que la loi prévoie ces différents cas, elle doit se contenter d'établir le principe général et doit laisser le reste à l'arbitrage des juges (1). » —Telles sont les observations qui ont entraîné le retranchement de l'art. 38.

Il ne suit donc pas de là, que l'hôtelier ou l'aubergiste soit affranchi de toute responsabilité lorsque les effets n'ont pas été confiés à sa garde : la pensée unique du législateur, ainsi que cela est démontré dans le passage que nous venons de rapporter, a été de laisser au juge la faculté de prononcer eu égard aux circonstances: il a considéré, qu'en pareille matière, une règle absolue donnerait ouverture aux fraudes et conduirait souvent à l'iniquité. — Ainsi, tantôt le voyageur devra s'imputer de ne pas avoir provoqué une plus active surveillance; tantôt il pourra exiger une indemnité, bien qu'il n'ait point fait de déclaration à l'aubergiste (2).

Toutefois, l'avertissement est une mesure de prudence dont l'hôtelier doit prendre l'initiative, à raison de l'inexpérience des voyageurs.

Au surplus, en cas de vol ou de perte, la loi n'autorise pas le juge à condamner l'aubergiste sur les simples allégations du voyageur : elle exige qu'il fasse preuve de l'apport de ses effets dans l'hôtellerie

(1) Fenet, t. 14, p. 495.

(2) Delv. t. 3 p. 454, n° 2. Troplong, n. 220 et suiv. Dall., n. 173. Dur n. 80, 218. Zach. t. 3. p. 117. Paris, 7 mai 1838, 26 décembre 1838. 29 août 1844. D. p. 46, 2, 84. Dall., n. 174, Cass., 11 mai 1846, D. p. 46, 1, 192.

et de leur valeur : cette preuve peut résulter d'écrits, tels que des mentions faites sur des registres régulièrement tenus, de factures, de lettres, de simples témoignages, notamment, de la déclaration soit des voituriers, soit des autres voyageurs (1848, 2°), même de présomptions ou indices graves (1353).— Enfin, le serment supplétoire est une dernière voie que le juge peut employer : mais il doit fixer, eu égard à la position sociale du voyageur, à sa réputation de probité, à ses habitudes, à la nature des colis apportés, et autres circonstances, dont il est souverain appréciateur, la somme jusqu'à concurrence de laquelle le serment sera reçu.

Au moyen de ces mesures, les intérêts du voyageur se trouvent sauvegardés et l'hôtelier ou l'aubergiste est à l'abri des collusions et des combinaisons frauduleuses (1).

Au résumé, les hôteliers ou aubergistes sont responsables de tous les effets du voyageur apportés chez eux. — Le mot *effets*, employé dans l'art. 1952, comprend dans sa généralité, même les sommes d'argent, les diamants et autres objets d'un grand prix. — Le juge, appréciateur souverain des circonstances, peut décider, tantôt que les hôteliers ou aubergistes sont responsables; tantôt, que le voyageur n'a pas d'action contre eux.

On admet généralement, que la responsabilité des aubergistes ou hôteliers cesse, lorsque le voyageur est en faute : par ex., s'il n'a pas retiré la clef de sa chambre ou de son secrétaire ; s'il a déposé ses effets dans un couloir ou autre lieu de passage (2). — Mais par cela même qu'elle repose sur une présomption légale de faute ou de négligence, c'est à eux à détruire cette présomption, en prouvant que le fait est imputable au voyageur.

Les hôteliers font ordinairement afficher dans les chambres et autres lieux fréquentés par les voyageurs, qu'ils n'entendent répondre ni des sommes d'argent ni des bijoux, qu'autant que ces objets leur auront été remis : assurément, ils ne sont point affranchis, par cet avis, de toute responsabilité, à l'égard des sommes peu importantes et des objets d'un usage journalier que les voyageurs portent sur eux ou qui servent à leur toilette : mais cette circonstance est prise en considération par le juge, quand il s'agit de fortes sommes ou d'objets d'une grande valeur, faciles à soustraire, qu'on

(1) Toullier, t. 11, n. 253 et suiv. Troplong, n. 215 et suiv. Duvergier, n. 517. Cass. 13 vendémiaire an x, Rouen, 13 germinal an x, Bourges, 9 février 1820.

(2) Dur. t. 18 n. 80. Zach., t. 3 p. 117. Toullier, n. 255. Paris, 2 avril 1811. Grenoble 13 août 1813. On opposerait vainement à cette doctrine, un arrêt de cassation du 11 mai 1846. Dev. 46. 1. 361 : dans l'espèce, le vol avait été commis par un domestique de l'hôtel : Il est clair, dès lors, que la règle de l'art. 1384 devenait applicable.— La jurisprudence présente sur le point qui nous occupe, une foule de décisions en apparence contradictoires; mais qui sont dominées par le principe que le juge doit prononcer eu égard aux circonstances, règle que nous avons cru devoir admettre.

ne laisse pas habituellement dans les chambres d'hôtels : En ce cas, le juge apprécie avec plus de rigueur la demande en dommages-intérêts formée par le voyageur (1).

Remarquons surtout que la responsabilité de l'aubergiste ou de l'hôtelier est restreinte au cas où les effets sont apportés par le voyageur qui loge *chez eux :*

Par suite on décide que, si un voyageur quitte l'hôtel et laisse des effets entre les mains de l'hôtelier, le contrat se change en dépôt volontaire; car le motif du dépôt nécessaire n'existe plus. (Dall. n. 181.);

Que la responsabilité résultant du dépôt *nécessaire*, ne s'étend pas au cas où des voyageurs qui ne logent pas dans l'hôtellerie, laissent dans une salle de service des effets sur lesquels ils ont négligé d'appeler l'attention des domestiques. — Mais nul doute que l'hôtelier serait responsable, s'il avait accepté la garde de ces effets; non, en vertu des art. 1952 et 1953; mais par application des art. 1382 et 1383 (Dall. n, 178).

Enfin, nous ne saurions considérer comme nécessaire, le dépôt de marchandises ou de sommes d'argent entre les mains d'un aubergiste, pour être remis à un voyageur qui ne loge pas dans l'auberge : ce dépôt n'est nullement commandé par la nécessité; il ne peut être que volontaire (2).

Mais il a été jugé avec raison, que l'on doit considérer comme nécessaire, le dépôt de sommes d'argent fait entre les mains d'un aubergiste, par le mandataire d'un voiturier, pour être remis à ce voiturier qui a l'habitude de loger dans l'hôtellerie (3).

1953 — Ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie.

= Sous notre ancienne jurisprudence (*voy.* Pothier, n. 79), l'aubergiste était tenu du fait de ses domestiques et de ses pensionnaires; mais il ne répondait de celui des étrangers *allant* et *venant*, qu'autant que les choses avaient été confiées expressément à sa garde. — Le Code rejette cette distinction : il déclare l'aubergiste

(1) Troplong, n. 241. Dalloz, n. 168. Douai, 19 août 1842. Dev. 1842, 2. 422.

(2) Dall., n. 78. Arg. d'un arrêt de Cass. du 10 janvier 1832. Dal. n. 180. Dev. 1832, 1, 91. *Voy.* cep. un arrêt de la cour de Metz du 17 avril 1812: Il résulte de cet arrêt, que les aubergistes sont responsables des objets déposés dans leur maison, lors même que le propriétaire ne prend pas son logement dans l'auberge ; mais il faut observer que dans le cas prévu, l'aubergiste faisait profession de loger des voitures et qu'on a pu le considérer dès lors comme tenant une entrepôt de marchandises déposées momentanément chez lui.

(3) Paris, 6 avril 1829.

responsable, par cela seul que les effets ont été apportés dans son auberge, lors même que le vol ou le dommage a été commis par un étranger (1952) (1) : Ainsi, le dépôt dans une hôtellerie ou dans une auberge, oblige à une surveillance et soumet à une responsabilité plus rigoureuse que le dépôt même nécessaire : Le législateur a considéré, que les hôteliers font profession de recevoir des dépôts; que ces dépôts sont pour eux l'occasion d'un salaire, et qu'il importe à l'ordre public, de donner toute sécurité aux voyageurs.

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, lorsque le juge est réduit à prononcer d'après des présomptions ou indices sur le montant de l'indemnité, il a égard à la position sociale du voyageur, à sa qualité, au genre d'opérations auxquelles il se livre, à la nature et au volume du meuble qui renfermait les objets soustraits : son appréciation varie suivant les circonstances, elle est souveraine (2).

L'action en responsabilité doit même être rejetée si le vol ou le dommage est le résultat de l'imprudence du voyageur ou d'une faute qui lui soit imputable.—Appliquez les règles que nous avons développées sous l'article 1953.

1954 — Ils ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure.

= En affranchissant les aubergistes ou hôteliers de toute responsabilité lorsque le vol a été fait *avec force armée* ou autre *force majeure*, la loi exprime par cela même qu'elle entend les rendre responsables dans tous autres cas : ainsi, le dépôt fait dans une auberge ou dans une hôtellerie, soumet le depositaire à une surveillance plus rigoureuse que le dépôt même nécessaire (*voyez* art. 1951).—C'est à l'aubergiste ou à l'hôtelier, à prouver l'événement qui a occasionné la perte, puisqu'il prétend détruire la présomption légale de faute qui plane sur lui.

Il est bien entendu, que le vol même accompagné de violence ne serait pas une excuse, s'il avait été commis par les domestiques de l'auberge ou même par des étrangers qui vont et viennent habituellement dans la maison : le maître de l'établissement aurait à s'imputer de ne pas avoir exercé une plus active surveillance (1384 et 1953). Notre article suppose que les auteurs du crime sont des personnes du dehors.

On entend ici par *force majeure*, cette puissance irrésistible qui

(1) Suivant Malleville(sur l'art 1954) l'aubergiste n'est pas responsable des vols commis par des personnes qui se sont furtivement introduites dans l'hôtellerie ; mais cette interprétation est repoussée par les articles 1952 et 1954 combinés.

(2) Duvergier, n. 517. Toullier, t. 11, n. 254. Merlin, Rép. v° hôtellerie, § 1er.

domine les soins les plus minutieux : le juge apprécie les circonstances : nous donnerons pour exemple un incendie, une inondation.

— Doit-on assimiler l'effraction à la force armée ? — L'art. 1954 suppose qu'il a fallu céder à une puissance supérieure, à une violence susceptible d'être considérée comme une force majeure: Or, des faits de rupture, de démolition, d'escalade, etc., peuvent être empêchés par des soins minutieux : les hôteliers et les aubergistes doivent veiller jour et nuit sur les effets du voyageur ; ils sont tenus de donner toute sécurité aux personnes qui descendent chez eux.—Du reste, nous le répétons, le juge prononce eu égard aux circonstances.

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE.

Le mot *séquestre* a plusieurs acceptions : tantôt il désigne la personne même qui est chargée de garder la chose (*voyez* 688, Pr.) ; — tantôt il exprime la remise d'une chose litigieuse (mobilière ou immobilière) entre les mains d'un tiers, pour être rendue à qui de droit, lorsque la contestation sera terminée.

Dans ce dernier sens, le séquestre est un contrat par lequel une personne accepte la garde d'une chose dont la propriété ou la possession est litigieuse, avec charge de la remettre à celle des parties qui obtiendra gain de cause.

SECTION I.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SÉQUESTRE.

1955 — Le séquestre est ou conventionnel ou judiciaire.

— *Conventionnel*, lorsqu'il est l'effet de la volonté libre des parties. — *Judiciaire*, lorsqu'il est ordonné par un jugement (1961 2°).

SECTION II.

DU SÉQUESTRE CONVENTIONNEL.

Le *séquestre* diffère, sous plusieurs rapports, du dépôt proprement dit : dans le dépôt, le propriétaire est certain; le séquestre, s'applique de sa nature à des objets litigieux.

Le dépôt peut être fait par une seule personne; le séquestre suppose le concours d'intérêts opposés.

Le dépôt est essentiellement gratuit; la gratuité n'est pas de l'es-

sence du séquestre (1957) : mais alors, le contrat tient à la fois du dépôt et du louage de services (Pothier, n. 80).

Le dépositaire est seulement chargé de garder la chose déposée ; le séquestre détient et possède pour un tiers qu'il ne connaîtra qu'après le procès ; de telle sorte que ce dernier est censé avoir possédé durant le litige, par les mains du séquestre.

Le dépôt ne peut avoir pour objet que des meubles ; on peut séquestrer des immeubles.

Dans le dépôt, la chose doit être rendue au déposant aussitôt qu'il la réclame; le séquestre ne doit s'en dessaisir qu'après la contestation terminée, ou du consentement de toutes les parties intéressées. S'il arrive que le séquestre veuille s'affranchir de la responsabilité que lui impose la garde de la chose, le tribunal peut nommer un autre séquestre (Dall., n. 200).

Lorsque plusieurs personnes font un dépôt, on distingue: si la chose est matériellement divisible, chacune d'elles peut exiger la remise de sa part afférente ; Si elle est *indivisible*, la restitution ne peut avoir lieu qu'en présence de tous, ou eux dûment appelés (1939). — Dans le séquestre chacune des parties est censée faire le depôt pour le total sans distinction; en conséquence, la chose doit être remise à celle qui sera désignée pour la recevoir (1).

Le dépositaire a pour unique mission de garder la chose ; le séquestre est administrateur : à ce titre il perçoit les fruits, sauf à en tenir compte (2).—Toutefois, comme cet état n'est que provisoire, il doit se borner à faire les actes commandés par l'urgence et se renfermer prudemment dans les limites des pouvoirs qui lui sont formellement conférés; même quand il s'agit de passer des baux (Dall., n. 236).—Enfin, il doit restituer les objets déposés et rendre compte de son administration à la partie qui obtient gain de cause. Cette partie supporte en définitive les impenses que le séquestre a faites et paie les dettes qu'il a dû contracter.

A ces différences près, toutes les règles du dépôt ordinaire s'appliquent au séquestre : ainsi, le séquestre est soumis, pour la garde et la restitution de la chose, aux mêmes obligations qu'un dépositaire, et réciproquement, les parties sont tenues envers lui des mêmes obligations que le déposant (1960).

Si le séquestre reçoit un salaire, il doit apporter à la conservation des biens séquestrés, non-seulement les soins qu'il donne à ses propres affaires; mais encore ceux d'un bon père de famille (1928).

Les mêmes conditions de capacité sont requises tant de la part du séquestre que de la part des personnes qui ont effectué le dépôt (1925).

(1) Observons surtout que le séquestre se fait toujours en vue d'une controverse ; on ne peut donc considérer comme un séquestre, le dépôt du prix d'un pari (Troplong, n. 258).

(2) Cass., 21 janvier 1808.

Enfin, la preuve du séquestre ne peut être établie par témoins lorsqu'il a pour objet une valeur qui dépasse 150 fr. : nous ne sommes plus dans le cas du dépôt nécessaire.

Comme l'une et l'autre partie prétendent un droit égal sur la chose, chacune d'elles est censée en avoir fait le dépôt pour le total; d'où il suit, qu'elles sont obligées solidairement (1) au remboursement des impenses nécessaires et des avances que le séquestre a faites (2002).—Ce dernier peut même retenir la chose jusqu'au payement intégral de ce qui lui est dû (1948).

1956 — Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une (2) ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir.

= Pour qu'il y ait séquestre conventionnel, il ne suffit pas que la remise ait été faite par plusieurs personnes : il faut, en outre, qu'il y ait entre les déposants, contestation sur la propriété ou sur la possession de la chose. — Par ex., si je confie volontairement à votre garde quelque objet sur lequel un tiers élève des prétentions, le contrat qui se forme entre nous est un dépôt simple : le déposant conserve en conséquence le droit d'exiger la restitution quand bon lui semble. Mais il ne jouirait plus de cette faculté, si la partie adverse avait donné son approbation ; car il y aurait alors séquestre (1121).

1957 — Le séquestre peut n'être pas gratuit.

= Le séquestre est gratuit de sa nature : le prix stipulé ne fait pas dégénérer ce contrat en un contrat de louage, comme le dépôt (3) : Il a pour seul effet de soumettre la personne qui en est chargée à une responsabilité plus rigoureuse (1928).

1958 — Lorsqu'il est gratuit, il est soumis aux règles du

(1) Pothier, n. 89. Rolland, v° séquestre, n. 8. Delv., t. 3, p. 212, note 9. Quelques personnes pensent que la solidarité n'a pas lieu ; elles argumentent de l'art. 1202, suivant lequel, la solidarité ne se présume pas ; elles ajoutent que, loin de faire exception à ce principe général, la loi renvoie aux règles du dépôt proprement dit, où la solidarité n'est pas prononcée : elles n'accordent au dépositaire que le droit de rétention (1948 et 1958 combinés), ce qui, par le fait, produit une sorte d'action *in solidum*. — Nous répondrons en rappelant les termes de l'article 2002.

(2) Erreur de rédaction : un litige suppose nécessairement le concours de plusieurs. Vainement dirait-on, pour donner un sens à cette expression, que la remise matérielle peut avoir été faite par un seul des contendants ; par ex., par celui des deux qui se trouve en possession : nous répondrons qu'il ne s'agit pas ici d'une remise matérielle, mais d'un contrat ; et le séquestre ne se forme qu'au moment où le tiers déclare qu'il entend profiter du dépôt.

(3) V. Pothier, n. 90. Duvergier, n. 529. Troplong, n. 262.

dépôt proprement dit, sauf les différences ci-après énoncées.

= Lorsque le séquestre n'est pas gratuit, celui à qui la chose est donnée en garde, est tenu plus rigoureusement qu'un simple dépositaire.

1959 — Le séquestre peut avoir pour objet, non-seulement des effets mobiliers, mais même des immeubles.

= Des contestations pouvant s'élever sur la possession ou sur la propriété d'un immeuble, on a dû permettre aux parties de confier cet immeuble à un tiers, jusqu'à la fin du litige.

La position du séquestre d'un immeuble se rapproche beaucoup de celle du séquestre d'un meuble, en ce sens qu'il ne peut se servir de la chose dans son propre intérêt : mais on remarque cette différence notable, qu'il a pour mission de percevoir les fruits; de vendre les produits susceptibles de dépérir ou de se déprécier; de renouveler les baux ; en un mot de faire des actes d'administration : — toutefois il agira prudemment, en faisant régler ses pouvoirs par l'acte de séquestre.

1960 — Le dépositaire chargé du séquestre ne peut être déchargé avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées, ou pour une cause jugée légitime.

= Dans le dépôt, le propriétaire étant connu, la chose doit lui être rendue aussitôt qu'il la réclame; mais dans le séquestre, il est incertain : le dépositaire chargé du séquestre ne peut donc se dessaisir de l'objet litigieux avant la fin de la contestation, ou sans le consentement des parties intéressées ; c'est-à-dire, de toutes les personnes qui figurent au procès; qu'elles y aient pris part dès l'origine, ou qu'elles y soient intervenues plus tard. Les intervenants sont réputés, par ce seul fait, avoir concouru au dépôt (1). — Nous supposons, bien entendu, que le séquestre a été légalement instruit de l'intervention; autrement, il devrait se dessaisir sur la demande des déposants originaires.—Si un jugement a été rendu, le séquestre doit se conformer aux dispositions de ce jugement.

Le séquestre ne peut se décharger avant la fin du litige, à moins qu'il n'ait une juste excuse : par ex., une infirmité grave qui lui serait survenue; un long voyage qu'il voudrait entreprendre, ou

(1) *Voyez* le rapport au Corps Législatif par M. Réal. Fenet, t. 14, p. 508. Troplong, n. 278. Suivant Duvergier, n. 532, le séquestre doit se dessaisir sur la demande des déposants originaires.

toute autre raison majeure : en ce cas il doit appeler toutes les parties devant le juge et se faire autoriser à restituer.

SECTION III.

DU SÉQUESTRE OU DÉPÔT JUDICIAIRE (1).

Le *dépôt judiciaire* est celui qui est ordonné par justice, ou du moins, qui procède de son autorité.

Ne confondons pas le *dépôt judiciaire* avec le *séquestre judiciaire*: — Le dépôt judiciaire est le genre; le séquestre judiciaire est l'espèce : — il y a plusieurs sortes de dépôts judiciaires; le séquestre judiciaire est unique : — le dépôt judiciaire a lieu, bien que la chose ne soit pas litigieuse; le séquestre judiciaire suppose nécessairement que la chose a ce caractère.

Nous verrons, art. 1962, quels sont les droits et les obligations du gardien. — L'art. 1963 fixe la position du séquestre judiciaire.

1961 — La justice peut ordonner le séquestre,

1° Des meubles saisis sur un débiteur;

2° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes;

3° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération.

= Le séquestre judiciaire est une mesure conservatoire dont la nécessité se fait sentir dans une foule de cas (*voyez*, par ex., les art. 602 et 688, Pr.; 465, Inst. crim.); notre article se borne à en indiquer trois :

1° La *saisie des meubles sur un débiteur* : on établit alors à la garde des effet saisis, un dépositaire que l'on nomme *gardien* (596 Pr.); ce qui constitue une espèce de dépôt judiciaire (2), puisqu'il est fait par un huissier qui procède au nom de la justice :— Mais le saisi ne cesse d'être propriétaire, de posséder, de détenir la chose, qu'après la vente : *main de justice ne dessaisit personne* (Pothier, n. 93).

2° La garde d'un meuble ou d'un immeuble dont la propriété

(1) On conclurait à tort de cette rubrique, que tout dépôt judiciaire est un séquestre; et de l'art. 1991, que le séquestre judiciaire est un dépôt ordonné par justice : sans doute, il y a beaucoup d'analogie entre le séquestre judiciaire et le dépôt judiciaire; mais il existe entre l'un et l'autre contrat des différences essentielles.—Quoi qu'il en soit, comme on donne parfois le nom de séquestre à de simples dépôts judiciaires, le législateur a pu employer les mots de *séquestre ou de dépôt judiciaire*.

(2) Ce n'est point là un séquestre judiciaire, mais un *dépôt judiciaire*, puisqu'il n'y a de litige ni sur la propriété ni sur la possession.

ou la possession est litigieuse; ce qui suppose, quand il s'agit d'un immeuble, qu'aucune des parties ne justifie de la possession annale (23 Pr.) (1).—C'est là en réalité le seul cas de séquestre judiciaire (*voyez* art. 1963).

Les mots propriété ou possession litigieuse, laissent au juge une grande latitude d'appréciation (*Voyez : infra quest.*).

Jugé, que le tribunal peut ordonner la mise en séquestre des biens d'une succession, lorsqu'il y a incertitude et instance touchant la portion revenant à chaque cohéritier (2).

Le tribunal ne doit établir un séquestre, que s'il y a péril pour les droits de l'une des parties (3) : la loi ne prescrit point à cet égard de règle absolue (4); elle se borne à conférer une faculté. — Le juge peut ordonner que la chose restera entre les mains de celui qui la détient.

Il est bien entendu, que la nomination n'a lieu d'office que si les parties ne peuvent s'entendre sur ce point.

On doit nécessairement regarder comme compris dans le séquestre, les accessoires de la chose : la loi ne distingue point (5).

Le séquestre peut être ordonné, lors même que l'une des parties a en sa faveur un titre authentique.

3° Les offres que fait un débiteur pour se libérer: c'est encore là un cas de dépôt judiciaire.

Lorsque les offres ont pour objet une somme d'argent, l'intervention du juge n'est pas nécessaire; car la loi prend soin de désigner un lieu sûr, pour recevoir les consignations de deniers (1257, 1259, 1264, C. Civ.; 812, Pr.).

Mais si la chose, objet du litige, ne consiste pas en une somme d'argent, les tribunaux doivent déterminer le lieu où elle sera déposée et régler les conditions du dépôt.

La loi ordonne le séquestre en certains cas, bien qu'il ne s'élève de contestations ni sur la possession, ni sur la propriété de la chose (602, C. civ.; 465, Inst. C.; 681 et 688 Pr.) (6).

—La disposition de l'article 1961, 2e alinéa, 2°, est-elle limitative?...Delvincourt (p. 213, n. 4) pense que le juge peut ordonner le séquestre sans distinction, toutes les fois que l'intérêt des parties l'exige : « L'art. 1961, 2°, dit-il, a été emprunté au traité de Pothier sur le dépôt; or, cet auteur se fondait sur l'ordonnance de 1667 (art. 2, titre 19), laquelle portait « que le séquestre pourrait être ordonné d'office

(1) Cass. 31 juillet 1838. Pal., 1841, 1, 304. 16 novembre 1842. Pal., 1843, 1, 115. 10 mars 1814. Riom, 12 juillet 1816.

(2) Troplong, n. 290. Agen, 8 janvier 1825, Liége, 12 janvier 1813. Cass., 27 avril 1825.

(3) Colmar, 17 décembre 1812.

(4) Duvergier, n. 538. Cass. 28 avril 1819, 14 novembre 1832. Dev. 1832, 1, 816.

(5) Rennes, 28 décembre 1818.

(6) Ne confondons pas avec le séquestre judiciaire, le gérant nommé en cas d'urgence pour administrer certains biens : le séquestre judiciaire, nous le répétons, n'a lieu qu'en cas de litige.

en cas que les juges estimeraient qu'il y eût nécessité de le faire. » — Mais on admet généralement la distinction suivante : Si le séquestre est ordonné dans le cours d'une instance qui n'a pas pour fin directe et principale la mise en possession de la chose, le juge ne peut ordonner le séquestre : par ex., il excéderait ses pouvoirs, s'il prescrivait, sur la demande des créanciers hypothécaires, le séquestre d'un immeuble qui se trouverait entre les mains d'un tiers à titre d'antichrèse; car ce serait priver arbitrairement une partie, des avantages que lui assurent sa possession et son titre apparent: mais si l'instance porte sur des intérêts qui se lient à la propriété ou à la possession de l'immeuble; si les faits de la cause sont de nature à compromettre des droits prétendus sur l'immeuble, on rentre dans les cas prévus par le deuxième alinéa de l'article: libre aux tribunaux de prendre toutes les mesures nécessaires pour la conservation de la chose litigieuse, et par conséquent, d'ordonner le séquestre, quand même les parties ne se trouveraient pas dans les termes de la loi : par ex., si la demande principale avait pour objet la rescision de la vente d'un immeuble pour cause de lésion, ou la résolution pour défaut de payement du prix. (Troplong, n 295 et suiv. Duvergier, n. 536. Zach., p. 117, n° 2 et suiv. Bourges, 18 décembre 1826. Toulouse, 29 août 1827. Montpellier, 19 juillet 1827. Cass, 28 avril 1813, 10 mars 1814. Bourges, 8 mars 1822. Rennes, 6 juillet 1819. Paris, 12 vend., an 12. Bordeaux, 17 mars 1831. Dev., 1831, 2, 217, 23 juin 1840. Dall., n. 223. Cass. 21 décembre 1826.)

1962 — L'établissement d'un gardien judiciaire produit entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter pour la conservation des effets saisis les soins d'un bon père de famille.

Il doit les représenter, soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites, en cas de main-levée de la saisie.

L'obligation du saisissant consiste à payer au gardien le salaire fixé par la loi.

= Lorsque les meubles ont été saisis sur un débiteur, l'huissier, avons-nous dit, charge une personne que l'on nomme *gardien*, du soin de les conserver.

L'établissement d'un gardien n'est point une mesure facultative, comme on pourrait le croire, d'après les termes de l'article 1961 ; elle est de rigueur.

Le gardien est nommé par l'exploit de saisie ; il est présenté par le saisi lui-même, ou désigné d'office, sans qu'il soit besoin d'une ordonnance du juge (596, 598 et suiv., Pr.; 2060, C. civ.):

Au 1er cas, le dépôt est censé fait par le saisissant et par le saisi ; l'un et l'autre se trouvent dès lors tenus solidairement de lui payer son salaire (1) et de l'indemniser de ses impenses (arg. des art. 2002, C. civ., et 1947).

(1) Voy. tarif du 7 sept. 1807, art. 34.

— le gardien contracte directement envers l'une et l'autre partie l'obligation de représenter les objets saisis.

Au 2e cas, le saisissant seul est censé faire le dépôt; par conséquent, le gardien n'a d'action que contre lui.

Observons, que le gardien peut user du droit de rétention, pour le paiement de ses honoraires et frais, soit qu'il ait été choisi par le saisi, soit qu'on l'ait nommé d'office.

Tout individu entre les mains duquel une saisie-arrêt est formée, se trouve par le fait même constitué dépositaire forcé.

Le gardien doit réunir les conditions de capacité requises par l'art. 1925, C. civ.

Ses obligations consistent :

1° A conserver en bon père de famille la chose saisie : comme il reçoit un salaire, on est plus rigoureux envers lui, pour l'appréciation de fautes, que dans le cas de dépôt volontaire ;

2° A représenter cette chose, soit pour être vendue si la saisie est suivie; soit pour être rendue à la partie saisie, à la décharge du saisissant, en cas de main-levée;

3° Enfin, à tenir compte des produits qu'il a recueillis ou qu'il a dû percevoir (604, Pr.).

Le gardien ne peut se servir des choses saisies, ni les louer ou prêter, à peine de privation des frais de garde et de dommages-intérêts.

Il est contraignable par corps (2060, Cod. civ.; 603 et 604, Pr.) pour la représentation des effets saisis, pour la restitution des fruits, et pour le paiement des dommages-intérêts qu'il a encourus.

Il est déchargé : 1° par la remise qu'il fait, soit au saisissant, soit au saisi, suivant les circonstances; — 2° par la force majeure, qui sans sa faute, a fait périr les objets saisis; — 3° par un jugement qui l'autorise à se démettre, dans les cas prévus par l'art. 605 Pr.

Le saisi qui obtient main-levée, peut exercer des poursuites contre le gardien, pour la représentation des effets saisis et pour les dommages-intérêts résultant de la perte causée par sa faute : mais s'il n'a point participé à la nomination, il n'agit qu'indirectement, comme exerçant les droits du saisissant, *celeritate conjungendarum actionum*, et par conséquent, sauf recours contre ce dernier en cas d'insolvabilité du gardien (Troplong, n. 281).

1963 — Le séquestre judiciaire est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge.

Dans l'un et l'autre cas, celui auquel la chose a été

confiée, est soumis à toutes les obligations qu'emporte le séquestre conventionnel.

= Le séquestre judiciaire peut être choisi par les parties : si elles ne s'accordent pas, il est désigné d'office par le juge (304 et 305, Pr.).

Le séquestre judiciaire qui entre en fonctions doit faire inventorier les objets mobiliers et faire constater l'état des immeubles confiés à sa garde (1).

Il a pour mission de conserver la chose, de l'administrer dans les limites tracées par le juge qui le nomme et de percevoir les fruits, à charge d'en tenir compte à celle des parties qui obtiendra gain de cause (2).

Si quelques actes non prévus par le jugement qui l'a nommé paraissent commandés par l'urgence, il doit en référer au juge (3). — S'il prenait sur lui de faire quelque opération, il s'exposerait à des poursuites en dommages-intérêts.

Le droit d'administration dont il est investi, ne l'autorise pas même à passer des baux, si l'acte de nomination garde le silence à cet égard (Dall. n. 236).

Il peut répéter contre la partie qui obtient gain de cause, toutes les dépenses que sa qualité d'administrateur lui conférait le pouvoir ou lui imposait l'obligation de faire (4).

Les obligations du séquestre judiciaire envers les parties intéressées, et celles des parties intéressées envers le séquestre, sont les mêmes que celles du séquestre conventionnel : la nomination faite par justice constitue une sorte de contrat judiciaire.

Le séquestre judiciaire peut exiger un salaire, quoique cela n'ait pas été convenu (arg. de l'art. 1961) (5). Aussi est-il soumis à une responsabilité plus rigoureuse que le séquestre conventionnel non salarié : Il doit à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille (*in abstracto*) ; en d'autres termes il est tenu de la faute très-légère (6).

De même que le gardien judiciaire, il est contraignable par corps (2060), soit pour la représentation des objets saisis, soit pour la restitution des fruits, soit pour le payement des dommages-intérêts.

Observons, que le séquestre judiciaire est investi d'une sorte de caractère public :

Il suit de là, que cette mission ne peut être confiée aux femmes. — D'ailleurs, les fonctions de séquestre entrainent la contrainte par

(1) Rennes, 23 décembre 1818.
(2) Cass., 19 août 1818. Lyon 23 juin 1831.
(3) Lyon, 20 juillet 1839. Dall., n. 237.
(4) Bruxelles, 11 novembre 1819. Rennes, 23 décembre 1818.
(5) Art. 34 et 35 du tarif.
(6) Favard, v° dépôt, p. 67.

corps ; or, les femmes ne sont soumises à cette voie d'exécution que dans le cas de stellionat (2060).

Il est bien entendu, que l'acceptation des fonctions de séquestre judiciaire n'est pas obligatoire (1).

RÉSUME ANALYTIQUE DU TITRE XI.

DU DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE.

Sommaire. P. 452.

CHAPITRE I.

Du dépôt en général.

Art. 1915. — Qu'est-ce que le dépôt en général? P. 454.
Art. 1916. — Combien distingue-t-on de sortes de dépôts? P. 455.

CHAPITRE II.

Du dépôt proprement dit.

Sommaire. P. 455.

SECTION Ire.

De la nature et de l'essence du contrat de dépôt.

Art. 1917. — Quel est le caractère essentiel du dépôt proprement dit? P. 458.
Art. 1918. — Quelles sont les choses qui peuvent en être l'objet? P. 459.
Art. 1919. — Le seul consentement suffit-il pour former le contrat de dépôt? P. 459.
Art. 1920 — Combien distingue-t-on de sortes de dépôts? P. 459.

SECTION II.

Du dépôt volontaire.

Sommaire. P. 459.
Art. 1921. — Puisqu'un dépôt est un contrat réel, — pourquoi la loi déclare-t-elle que le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque des parties? P. 460.
Art. 1922. —Pour faire un dépôt, est-il nécessaire d'être propriétaire de la chose déposée. — *Quid*, si le dépôt a été fait par une personne qui n'avait aucun titre pour détenir la chose? — *Quid*, si la chose a été volée ou perdue? Le propriétaire peut-il recevoir en dépôt sa propre chose? P. 461.
Art. 1923 et 1924. — Comment établir la preuve du dépôt? P. 462 et 463.
Art. 1925 et 1926. — Pour que le dépôt volontaire puisse se former, est-il nécessaire que les deux parties soient capables de contracter? — *Quid*, si le déposant est incapable de s'obliger? — *Quid*, si le dépositaire est incapable? P. 464.

(1) Chauveau, Carré, Pr. quest. n. 2072. Delil. n. 212.

SECTION III.

Des obligations du dépositaire.

Sommaire P. 466.

Art. 1927. — Quel est le degré de soins que le dépositaire doit apporter à la conservation de la chose déposée? P. 467. — Peut-on valablement convenir que le dépositaire ne répondra point des fautes qu'il commettra? — que le déposant devra s'en rapporter à lui pour la restitution? — ou qu'on ne pourra le rechercher s'il se rend coupable de dol ou d'une faute lourde? P. 468.

Art. 1928. — En certains cas le dépositaire ne doit-il pas garder la chose déposée avec plus de soin que celles qui lui sont propres? P. 469.

Art. 1929. — Le dépositaire est-il responsable des accidents de force majeure? P. 470.

Questions. — Le dépositaire est-il responsable des accidents de force majeure si le dépôt a eu lieu dans l'un des quatre cas exceptionnels prévus par l'art. 1928. P. 471.

Art. 1930. — Le dépositaire peut-il, sans la permission du déposant, se servir de la chose déposée? — — Quelle est la signification des mots *se servir?* P. 471.

Questions. — Lorsque le dépôt a pour objet du numéraire, le dépositaire qui s'en est indûment servi, doit-il de plein droit les intérêts, à partir de l'emploi? P 472.

Art. 1931. — La fidélité imposée au dépositaire consiste-t-elle uniquement dans l'obligation de garder et de restituer le dépôt? — Pourrait-il, sans contrevenir à ce devoir, chercher à connaître quelles sont les choses déposées si elles lui ont été remises dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée? — *Quid*, si le hasard lui fait néanmoins connaître la nature de ces choses? — *Quid*, si la détention des objets déposés peut entraîner des peines? P. 473.

Art. 1932. — Le dépositaire remplirait-il ses obligations en restituant des choses autres que celles qui ont été déposées? — *Quid*, lorsqu'il s'agit de choses qui se consomment par l'usage, ou d'une somme d'argent? P. 473.

Art. 1933. — Quelles conséquences doit-on tirer du principe que le dépositaire est tenu de rendre la chose dans l'état où elle se trouve quand elle a éprouvé des détériorations? P. 474.

Art. 1934. — Le dépositaire doit-il compte au déposant de ce qu'il a reçu en échange de la chose déposée, si cette chose lui a été enlevée par force majeure? Le déposant n'est-il pas de plein droit subrogé à son action contre l'auteur du dommage? P. 475.

Art. 1935. — *Quid*, si l'héritier du dépositaire a vendu la chose déposée? P. 435.—*Quid*, s'il consomme, donne ou détériore cette chose? *Quid*, si l'héritier, après avoir vendu la chose de mauvaise foi, l'a rachetée? P. 476.

Questions. — La disposition de l'art. 1935 est-elle applicable à l'héritier du commodataire qui a aliéné la chose déposée? P. 476.

Quels sont les droits du déposant si l'héritier qui a vendu la chose, croyant qu'elle appartenait à son auteur, refuse de la racheter? P. 477.

Quid, si, après l'avoir rachetée, il refuse de la rendre? P. 477. Si la chose, après avoir été vendue et rachetée par le dépositaire, périt entre ses mains, le dépositaire pourra-t-il en réclamer le prix? P. 477.

Art. 1936. — Le déposant peut-il demander compte au dépositaire des fruits que la chose a produits et qu'il a perçus? — Le dépositaire doit-il payer l'intérêt de l'argent déposé? — *Quid*, s'il n'opère pas la restitution dès qu'elle est de-

mandée? — Une demande en justice est-elle nécessaire pour faire courir les intérêts contre lui? P. 478.

Questions. — Si le dépositaire a entrepris une opération avec l'argent déposé, doit-il compte au déposant des profits qu'il a faits? P. 478.

Art. 1937. — A qui la chose doit-elle être restituée? — Si le déposant a indiqué un tiers pour recevoir la chose, le dépositaire se libère-t-il en remettant la chose à ce tiers. — *Quid*, S'il est mort, est-ce à son héritier ou au tiers désigné que la chose doit-être remise? P. 480.

Art. 1938. — Le dépositaire peut-il exiger du déposant la preuve qu'il est propriétaire de la chose déposée? — *Quid*, si le dépositaire sait que la chose a été volée? — La règle établie par l'art. 1938 pour le cas de vol est-elle applicable au cas où la chose déposée a été perdue? P. 482.

Art. 1939. — En cas de mort du déposant, à qui la chose déposée doit-elle être remise? — *Quid*, si le depôt a été fait par plusieurs personnes? — *Quid*, s'il y a plusieurs dépositaires de la même chose? — Le déposant peut-il interdire à ses héritiers de répéter le dépôt? *Quid*, si le dépôt a pour objet du numéraire remis dans un sac cacheté ou dans un coffre fermé? P. 484.

Questions. — Si la chose étant divisible, l'un des héritiers a reçu sa part, cet héritier devra-t-il restituer si le surplus a péri entre les mains du dépositaire? P. 484.

Quid, si les choses sont des corps certains? P. 484.

Art. 1940 et 1941.—A qui la chose doit-elle être restituée si le déposant a changé d'état? P. 484.

Questions. — Lorsqu'un tiers a été désigné par l'acte de dépôt pour recevoir la chose, le changement d'état du déposant sera-t-il, comme le dépôt, un obstacle à la remise de la chose? P. 485.

Art. 1942 et 1943. — Dans quel lieu la chose doit-elle être restituée? P. 485.

Art. 1944.—Le dépositaire est-il, dans tous les cas sans exception, tenu de restituer la chose dès qu'elle est réclamée? P. 486. — Le dépositaire peut-il, dans tous les cas, se démettre à volonté? — N'est-il pas comptable, en certains cas, des intérêts de la somme déposée?

Art. 1945. — Le dépositaire encourt-il la contrainte par corps? — S'il n'est point contraignable par corps, comment expliquer qu'il soit privé du bénéfice de cession? P. 487.

Art. 1946. — Peut-on, en certains cas, être gardien de sa propre chose? P. 488.

SECTION IV.

Des obligations du déposant.

Sommaire. P. 488.

Art. 1947. — Quelles sont les obligations dont le déposant est tenu vis-à-vis du dépositaire? — Les sommes dues au dépositaire sont-elles de plein droit productives d'intérêts? P. 489.

Art. 1948. — Quelles sont les garanties accordées au dépositaire pour sûreté du paiement de ce qui lui est dû? P. 490.

SECTION V.

Du dépôt nécessaire.

Sommaire. P. 490.

Art. 1949. — Dans quel cas le dépôt est-il réputé nécessaire? P. 491.

Art. 1950. — Par quelles voies le dépôt nécessaire peut-il être prouvé? P. 492.

Art. 1951. — Quelles sont les règles du dépôt nécessaire en ce qui touche la responsabilité et la capacité du dépositaire? P. 492.

Art. 1952. — Quelle est l'étendue de la responsabilité de l'aubergiste? — Que doit-on décider à l'égard des logeurs en garni? — *Quid*, à l'égard des personnes qui tiennent des bains publics, des cafés ou des restaurants? P. 493.—Pour que l'aubergiste soit responsable est-il nécessaire que les valeurs et marchandises aient été confiées à sa garde? — *Quid*, lorsqu'il s'agit d'objets d'un grand prix susceptibles d'être facilement soustraits à raison de leur petit volume? P. 494. — Par quels moyens le juge peut-il s'éclairer sur la valeur des marchandises ou effets que le voyageur prétend avoir apportés dans l'auberge? P. 499. — *Quid*, si l'aubergiste est en faute? — *Quid*, si l'aubergiste a fait afficher dans les chambres qu'il n'entend répondre des sommes et bijoux qu'autant que ces objets lui ont été remis? P. 496.

Art. 1953. — Les aubergistes sont-ils responsables si le vol a été fait ou le dommage causé par des personnes étrangères à l'hôtellerie? P. 497.

Art. 1954. — Sont-ils responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure? — Que doit-on entendre ici par force majeure? 498.

Questions. — Doit-on assimiler l'effraction à la force armée? P. 499.

CHAPITRE III.

Du séquestre.

SECTION Ire.

Des diverses espèces de séquestres.

Art. 1955. — Combien distingue-t-on de sortes de séquestres?

SECTION II.

Du séquestre conventionnel.

Sommaire. P. 499.

Art. 1956. — Qu'est-ce que le séquestre conventionnel? — Dans quel cas a-t-il lieu? P. 501.

Art. 1957. — La gratuité est-elle de l'essence du séquestre? P. 501.

Art. 1958. — Quel est le degré de responsabilité imposé au tiers chargé du séquestre, lorsqu'il reçoit un salaire? P. 501.

Art. 1959. — Quelles sont les choses qui peuvent-être l'objet du séquestre? P. 502.

Art. 1960. — Le séquestre peut-il se dessaisir avant la fin du litige? P. 502.

SECTION III.

Du séquestre ou du dépôt judiciaire.

Sommaire. P. 503.

Art. 1961. — Dans quel cas la justice peut-elle ordonner le séquestre? P. 503. — Doit-on distinguer le séquestre judiciaire du dépôt judiciaire?

Questions. — Il résulte de l'art. 1961, deuxième alinéa, que la justice peut ordonner le séquestre d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la *propriété* ou la *possession* est litigieuse : Cette disposition est-elle limitative? P. 504.

Art. 1962. — Lorsque les meubles ont été saisis sur un débiteur, quelles mesures l'huissier doit-il prendre pour en assurer la conservation? P. 504. — Quels sont les droits du gardien? — Quelles sont ses obligations? P. 505.

Art. 1963. — Quelles mesures le tribunal doit-il ordonner, en cas de séquestre judiciaire proprement dit, pour assurer la conservation des biens séquestrés? — Les femmes peuvent-elles être nommées séquestres judiciaires? P. 507.

TITRE XII.

DES CONTRATS ALÉATOIRES. (1)

(Décrété le 10 mars 1804, promulgué le 20 du même mois.)

Les contrats à titre onéreux sont ou commutatifs ou aléatoires :

Commutatifs, lorsque chaque partie reçoit, dès l'instant du contrat, l'équivalent certain et pécuniairement appréciable de ce qu'elle donne ou s'engage à donner ;

Aléatoires, lorsque l'équivalent de ce que chaque partie donne ou s'engage à donner, consiste dans une chance de gain ou de perte.

Les contrats aléatoires ont cela de commun avec les contrats commutatifs, qu'ils sont intéressés de part et d'autre : mais il y a cette importante différence, que dans les contrats commutatifs, chacune des parties entend recevoir autant qu'elle donne ; tandis que dans les contrats aléatoires, ce que l'un des contractants reçoit, est l'équivalent des risques dont il s'est chargé ; d'où cette conséquence, que la lésion, cause de rescision admise en matière de partage ou de vente d'immeubles, ne produit pas cet effet quand le contrat est aléatoire.

Par ex., si j'achète un coup de filet, une récolte à venir, des droits successifs, etc., la cause de mon obligation n'est pas le produit du coup de filet, de la récolte ou du profit de la succession ; mais l'espérance même : ces sortes de contrats ne sont donc pas sujets à rescision pour cause de lésion, car une espérance n'a pas de valeur déterminée.

La loi trace des règles générales sur les contrats aléatoires ; elle examine les principaux, et renvoie pour deux d'entre eux, qui sont d'un fréquent usage dans le commerce maritime, aux lois de la matière. — Puis, après avoir traité succinctement du jeu et du pari, elle s'occupe avec détail de la rente viagère. — La constitution en viager a quelques rapports avec la constitution de rente perpétuelle ; mais elle diffère de ce dernier contrat sous beaucoup d'autres, notamment, par son caractère aléatoire.

1964 — Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs

(1) Du mot latin *alea* qui signifie événement incertain.

d'entre elles (1), dépendent d'un événement incertain.

Tels sont :

Le contrat d'assurance,

Le prêt à grosse aventure,

Le jeu et le pari,

Le contrat de rente viagère,

Les deux premiers sont régis par les lois maritimes.

= La loi ne se propose pas, dans cet article, d'énumérer tous les contrats aléatoires qui peuvent se former : elle se borne à énoncer les principaux (2).

Le contrat aléatoire est une *convention réciproque*, etc., c'est-à-dire, une convention intéressée de part et d'autre ; un contrat à titre onéreux : en effet, l'avantage que l'une des parties procure à l'autre, n'est pas purement gratuit; l'espoir du gain est balancé par la chance d'une perte.

Dans le plus grand nombre des contrats aléatoires, les chances sont égales ; cependant, il en est qui ont pour but de soustraire une partie, moyennant un certain prix, aux chances de l'avenir, en les faisant uniquement peser sur l'autre contractant : tels sont le contrat d'*assurance* et le *prêt à grosse aventure*.

Le *contrat d'assurance* est une convention synallagmatique, par laquelle l'un des contractants, appelé *assureur*, se charge, moyennant une somme fixée à tout événement, et qu'on nomme *prime*, des risques auxquels est exposée la chose de l'autre contractant, désigné sous le nom d'*assuré*.

Le *prêt à grosse aventure* (ou *contrat à la grosse*), est un contrat réel, unilatéral, par lequel on prête une somme, sous affectation d'objets faisant partie d'une expédition maritime, avec la condition, qu'en cas de perte desdits objets, la somme ne sera pas restituée, et que s'ils arrivent heureusement, la restitution aura lieu avec un

(1) Dans l'art. 1104, la loi semble exiger que la chance existe pour chacune des parties. — Suivant notre article, elle peut exister pour l'une d'elles seulement, ce qui semble contradictoire. — La plupart des auteurs adoptent la définition donnée par l'art. 1964 : elle est, disent ils, plus juste et plus complète : il existe, en effet, un contrat aléatoire qui n'offre de chance que pour l'une des parties : le contrat d'assurance; l'assureur seul court des chances; il gagnera la prime s'il ne survient point de sinistre : il devra, au contraire, payer une indemnité de beaucoup supérieure à cette prime, si l'événement arrive. — Pour l'assuré, tout est fixé et réglé à l'avance d'une manière certaine dès l'instant du contrat; il ne peut ni perdre ni gagner. — Quoi qu'il en soit, la définition donnée par l'article 1104, nous semble préférable : comment comprendre qu'un contrat puisse être commutatif, si l'une des parties a la certitude de perdre : qu'un contrat ne soit aléatoire que pour l'une des parties? Peu importe à l'assuré que l'événement arrive ou n'arrive pas, il a la certitude de gagner puisqu'il aurait pu, sans l'assurance, faire une perte considérable.—Pour déterminer le caractère d'un contrat, il faut considérer ses effets, sans avoir égard aux éléments qui l'ont formé. (*Voyez* nos observations sur l'article 1104.)

(2) La vente d'un droit héréditaire, d'un droit litigieux, d'un droit d'usufruit et d'une récolte, sont des contrats aléatoires.

profit convenu ; le profit peut excéder le taux de l'intérêt légal (511, Code de comm.).

Ces deux contrats appartiennent aux lois maritimes (*voyez* art. 311, 396, du Code de comm.).

Le Code civil s'occupe seulement *du jeu, du pari*, et *du contrat de rente viagère*.

CHAPITRE PREMIER.

DU JEU ET DU PARI.

Le *jeu* est un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent que le perdant paiera au gagnant une somme convenue.

Les jeux peuvent être divisés en trois catégories: Les jeux *de hasard ;* c'est-à-dire, ceux qui sont entièrement indépendants de l'adresse ou de l'habileté des joueurs. — On donne pour exemple : la roulette, les dés, le vingt et un, le brelan, le pharaon, le loto, le jeu de l'oie.

Il faut comprendre dans la même classe, la bouillotte et l'écarté : bien que ces jeux soient mélangés de hasard et d'habileté, le hasard domine (1).

Les jeux dits *savants*, c'est-à-dire, ceux dans lesquels il y a plus d'adresse ou d'habileté que de hasard ; par ex., le tric-trac, le domino, le billard, le piquet, le wisth, les échecs (2).

Enfin les jeux auxquels le hasard n'a aucune part: tels sont ceux dont il est parlé dans l'art. 1966.

Dans les deux premiers cas, les dettes de jeu ne sont point complétement frappées d'inefficacité : la loi interdit la répétition de ce qui a été payé; elle se borne à refuser une action contre le perdant.

Mais à toute époque, les lois ont vu avec faveur les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps (1966).

Le *pari* est un contrat, par lequel deux personnes qui ne s'accordent pas sur un fait arrivé ou qui doit arriver, conviennent que celle dont l'opinion sera reconnue mal fondée, donnera quelque chose à l'autre.

Le pari est frappé de la même réprobation que le jeu, parce qu'il présente le même attrait et entraîne les mêmes désordres (3).

(1) Rennes, 30 mai 1839, 2 septembre 1839. Paris, 3 novembre 1839. Nîmes, 16 février 1843. Paris, 10 mai 1844. Dall. t. 12, n. 69 et 70. Cass., 3 juillet 1852. D. p. 52, 1, 222. *Voyez* cep. Cass. 4 août 1836.

(2) La distinction entre les jeux de hasard et les jeux dits savants n'a d'utilité qu'au point de vue pénal. — Jugé, qu'on ne peut considérer les jeux savants comme prohibés, bien que le hasard soit pour beaucoup dans le résultat, et que dès lors, il n'y a pas lieu à des poursuites contre les personnes qui tiennent des établissements dans lesquels on se livre à ces sortes de jeux. Cass. 4 août 1836. Dall. n. 12.

(3) Les paris peuvent être contractés de trois manières : 1° par le dépôt de gages réciproques entre les mains d'un tiers ; 2° par simples promesses sans dépôt effectué ; 3° par la re-

Dans les cas exceptionnels où le jeu et le pari sont licites, le contrat se forme par le seul consentement: la tradition des enjeux n'est pas de son essence.

Toutefois, plusieurs conditions sont requises pour la validité de ces contrats, il faut :

1° Que chacun des joueurs ou des parieurs ait le droit de disposer de la somme ou de la chose engagée : un mineur ne peut donc valablement exposer que des sommes modiques. S'il avait perdu et payé une somme considérable, eu égard à son état de fortune, le gagnant pourrait être actionné en restitution (Pothier n. 10).

Peu importerait qu'il fût émancipé: l'émancipation donne aux mineurs l'administration de leur fortune; mais elle ne leur confère pas le droit d'en disposer.

Le majeur interdit pour cause de prodigalité, est placé sur la même ligne que le mineur émancipé.

Quant à la femme mariée, sa position est semblable à celle du mineur: elle ne peut jouer que des sommes modiques dont son mari est présumé lui avoir laissé la libre disposition.

Si elle administre ses biens, on doit l'assimiler au mineur émancipé.

La personne qui joue avec un incapable, n'est pas tenue de payer si elle a perdu; car elle ne pourrait devoir, qu'autant que l'adversaire aurait couru le risque de perdre : or, ce dernier n'a été soumis à aucun risque; donc la somme qu'il a gagnée ne lui est pas due (Pothier, n. 12).

2° Le consentement des parties : il doit être libre et réfléchi. — Si l'une d'elles se trouvait en état d'ivresse; il y aurait nullité pour défaut de consentement, lors même quelle aurait gagné : l'autre partie pourrait se dispenser de payer. — Appliquez cette décision, même au cas de violence exercée: La partie violentée ne serait pas liée; dès lors, elle n'aurait pas d'action contre l'autre pour la contraindre à payer. Exceptons le cas où il eût été au pouvoir de celle-ci, d'user de contrainte pour se faire payer: par ex., si l'argent avait été mis sur table ou déposé entre les mains d'un tiers: le gagnant serait alors fondé à exiger le montant de l'enjeu (Pothier, n. 14 et suiv.).

3° Les risques doivent être égaux de part et d'autre : Ils s'estiment par les degrés de probabilité. On ne peut établir sur ce point de précision mathématique; car les forces disproportionnées peuvent se trouver balancées par l'adresse, par l'habileté, ou par les dis-

mise d'une somme ou autre chose fongible, faite par l'une des parties entre les mains de l'autre, avec engagement par celle-ci, de remettre le double si elle perd le pari.

Cette classification est sans intérêt: aujourd'hui, l'article 1965 proscrit tous les paris sans distinction, quel que soit le mode employé pour les réaliser, s'ils ne rentrent pas dans les exceptions prévues par l'article 1966.

positions actuelles des joueurs: tout dépend des circonstances (Pothier, n. 19 et suiv.).

4° Enfin, chacun des joueurs doit apporter au jeu de la fidélité; ce qui exclut les tricheries et même la dissimulation : si l'un deux s'aperçoit que son adversaire commet une erreur, ou qu'il oublie de compter ses points, il doit l'avertir (Pothier, n. 26).

1965 — La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le payement d'un pari.

=Le jeu n'a rien d'odieux ni d'illicite lorsqu'il est restreint dans les limites d'un délassement: par son objet, par son but, par son peu d'importance, il échappe à la sanction des lois. — L'intérêt social est d'ailleurs trop minime en ce cas, pour que le législateur ait dû s'en occuper: Le mépris est la seule peine infligée à celui qui manque à ses engagements. —Mais quand il dégénère en spéculation; quand il cesse d'être honnête ou modéré; quand les obligations et les promesses réciproques présentent un intérêt assez grave pour alimenter une action en justice, la loi intervient: elle réprime l'abus et le danger en refusant son appui au gagnant.— « Le jeu, a dit le tribun Duveyrier dans son discours au Corps législatif, ce ministre aveugle et forcené du hasard, qui place entre deux hommes, sur un tas d'or, la plus épouvantable alternative, le bonheur ou l'adversité, la fortune ou la misère, qui dévore la substance des épouses et des enfants, qui tarit toutes les sources de la tendresse, de l'amitié, de la reconnaissance, de la probité, qui engendre, alimente, exalte, justifie toutes les passions, tous les vices, tous les excès; ce monstre antisocial, bien qu'il affecte la figure et le maintien d'un contrat, ne mérite pas sans doute la protection que la loi civile doit aux conventions ordinaires. »

Ce que l'on dit du jeu, s'applique au pari: les mêmes considérations se présentent (1); les mêmes principes sont dès lors applicables.

Les dettes qui ont de pareilles causes, sont réprouvées par la loi et par la morale; elles sont censées ne pas exister: *pacta quæ contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est* (L. 6. C. *De Pactis*).

Il suit de là, que ces sortes d'obligations ne peuvent ni être opposées en compensation (1291) (2), ni être converties par voie de novation (3), en un engagement productif d'un lien de droit.

(1) Gardons-nous de considérer comme un pari, la vente d'un coup de filet; dans ce dernier cas, le contrat est aléatoire, il est vrai: mais il réunit les trois caractères essentiels de la vente : *res, pretium et consensus*; on ne trouve point ces sentiments d'obstination ou de provocation que la loi a entendu flétrir.

(2) Toullier, t. 6, n° 382. Rolland, v° Jeu, n. 10.

(3) Limoges, 8 janvier 1824. Cass. 30 novembre 1826.

L'obligation souscrite n'équivaudrait pas au payement, dans le sens de l'art. 1967 (1). — Peu importerait que l'on eût dissimulé la véritable cause de l'obligation, soit en employant la forme d'un contrat reconnu par la loi ; soit en donnant à l'engagement une autre cause, dans l'acte qui le constate: *potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum est* (2) : le débiteur pourrait se dispenser de payer, en prouvant cette dissimulation (3); il pourrait même exiger la restitution des billets.

Mais comment, par quelle voie établir la simulation ?

« Dans notre ancien droit, dit M. Portalis (exposé des motifs), on admettait la preuve par témoins, quand un citoyen se plaignait de ce qu'une promesse contractée au jeu avait été cachée sous la forme d'un simple prêt; nous n'avons pas cru devoir abandonner une jurisprudence si favorable aux bonnes mœurs et si nécessaire pour prévenir les désordres d'une passion dont tous les législateurs ont cherché à réprimer les excès » (Fenet, t. 14, p. 541) (4).

La preuve testimoniale serait admise, quand même il s'agirait d'une obligation notariée, portant pour cause un prêt. (5).

Le juge peut même prononcer d'après des présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (arg. de l'art. 1353). (Troplong, n. 64).

Quid, si le perdant avait emprunté pour payer, ou chargé un tiers de payer pour lui ? Celui-ci aurait, dans le premier cas, une action ordinaire, et dans le deuxième, l'action *mandati*, pour obtenir le remboursement de ses avances. — Le paiement fait volontairement ne donne pas lieu à répétition ; par conséquent, il doit être permis d'emprunter pour l'effectuer (6).

(1 Toullier, t. 6, n. 382. Malleville, suiv. l'article 1965. Dur. t. 18. n. 167. Zach., t. 3, § 1, p. 356. Angers, 22 février 1809, Lyon, 21 décembre 1812.

(2) C. l. 6 § 1er ff de contract. emp. Paris, 26 août 1826. Bordeaux, 28 août 1826, 16 juillet 1840. Amiens, 18 novembre 1840. Cass., 12 janvier 1842, Dall. n. 17. 26 février 1845. D. p. 45, 1, 101. Paris, 14 août 1847. D. p. 49, 2, 215.

(3 Troplong, n. 6, 1. Toullier, n. 382. Merlin, v° Jeu. n. 4. Chardon, n. 561. Dur. n. 107; Malleville. Cass. 29 décembre 1814 ; 30 novembre 1826. — Ce dernier arrêt est relatif à des billets faits pour jeu de bourse.—Cass., 17 juillet 1828; 30 novembre 1826; 29 novembre 1836: Lyon, 21 décembre 1822. Grenoble, 6 décembre 1823. Angers, 22 février 1809. Montpellier, 13 août 1831: Dev. 32, 2, 270. Limoges, 2 juin 1817; 8 janvier 1824; 4 juillet 1828. Bordeaux, 24 août 1835.

(4) Pothier, traité du Jeu, n° 50.

(5) Merlin, Rép. v° Jeu, n. 4. Toullier, n. 682. Dur., t. 10, n. 370. Favard, Rép. v° Contrat aléatoire, t. 1er, p. 692. Rolland, Rép. v° Jeu, n. 13. Troplong, n. 64. Chardon, n. 561. Limoges, 2 juin 1819. Grenoble, 6 décembre 1823. Limoges, 8 janvier 1824. Lyon, 21 décembre 1822. Grenoble 6 décembre 1823. Cass., 9 décembre 1814 et 30 novembre 1826.

(6 Troplong, n° 66 et suiv., n. 69. Cass., 10 août 1811. Colmar, 29 janvier 1841. Dev 1842, 2 492.—On oppose à cette décision, un arrêt de Cassation du 30 mai 1838 : mais dans l'espèce il s'agissait d'un agent de change qui jouait à la Bourse et de diverses sommes qui lui avaient été prêtées par la compagnie sur les fonds communs pour faire face à ses découverts : la Cour de Paris, prenant cette circonstance en considération, avait reconnu que la compagnie des agents de change, en se substituant, soit à divers agents de change, soit à des tiers auxquels la loi aurait refusé toute action devant les tribunaux, n'avait pu éluder une disposition d'ordre

Mais le *negotiorum gestor* qui, bénévolement, aurait acquitté une dette de jeu ou un pari, ne jouirait pas du même recours : le perdant pourrait le désavouer et refuser de lui rembourser le montant de ses avances (Troplong, n. 71 et 72).

Nous supposons que le prêt a été fait pour acquitter une dette de jeu ou un pari perdu : que devrait-on décider, si le prêt avait été fait pour jouer ; soit par un cojoueur, soit par une personne intéressée au jeu, soit par un tiers, instruit que l'argent prêté devait recevoir cette destination ? L'ordonnance de 1629 prévoyait ce cas (art. 138) ; elle portait : « Défendons à toutes personnes de prêter argent, pier-
» reries, et autres meubles pour jouer ou répondre pour ceux qui
» jouent, à peine de perte de leurs dettes et nullité des obligations
» comme dit est, et confiscation de corps et de biens, comme séduc-
» teurs et corrupteurs de la jeunesse, et cause des maux innumé-
» rables que l'on en voit provenir chaque jour. » — Sous l'empire du Code, on se bornerait à refuser au prêteur toute action judiciaire contre l'emprunteur (1).

Le mandat donné *pour jouer*, autorise-t-il le mandataire à actionner le mandant en remboursement de ses avances, frais, et salaires ? distinguons : le jeu pouvait être considéré comme simple amusement, ou il dépassait les limites de la modération : au premier cas, la justice n'a point à s'en occuper ; au deuxième cas, le mandataire doit s'imputer d'avoir aidé à une mauvaise action ; d'avoir servi d'instrument à une passion déréglée ; d'avoir favorisé des désordres par une complaisance coupable : la loi ne peut lui prêter son appui : *rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agitur* (2).

Appliquez cette décision au cas où le mandataire aurait servi d'agent au mandant, pour des spéculations sur la hausse et sur la baisse des marchandises (3) ; et *à fortiori*, pour des jeux ou paris faits sur la hausse ou la baisse des fonds publics (4), sortes d'opérations punies par la loi (421 C. pén.).

Jugé, que l'agent de change qui a servi d'intermédiaire pour des marchés prohibés, ne peut répéter en justice les sommes qu'il a avancées (5).

public. — En présence d'un pareil fait, la Cour de Cassation a dû nécessairement prononcer le rejet du pourvoi.

(1) Troplong, n. 66. La Cour de Colmar a décidé le contraire, il est vrai, par arrêt du 29 janvier 1841. Dall., n. 80. Dev., 42, 2 292 : mais cet arrêt est fondé sur le motif que la dette de jeu produit une obligation naturelle : ce que nous contestons : la dette n'existe point puisqu'elle ne peut servir de base à une novation ; d'ailleurs celui qui prête sciemment pour jouer se rend complice d'un acte contraire aux lois et aux mœurs ; il entretient le joueur dans sa passion.

(2) Ulpien, L. 6 § 3. L. 12 § 1er, ff mandat : L. 33 ff *Pro socio*. Pothier, mandat. n. 7. Troplong, n. 78 et suiv.

(3) Cass., 26 février 1845. D. p. 45 1. 101. Bordeaux, 3 février 1848. D. p. 49, 297.

(4) Troplong, n. 75. Bordeaux, 29 août 1823. Cass. 30 mai 1838.

(5) Troplong, n. 74. Merlin, Rép. vo Marché à termes, § 2 n. 6. Cass. 4 août 1824, 11 août 1824. Paris 6 août 1841.

Jugé en outre, que le client n'a point d'action contre l'agent de change, pour réclamer les valeurs qu'il a remises comme couvertures, ou celles qui résultent d'un gain fait au jeu de bourse (1).

Gardons-nous de confondre le contrat d'assurance sur la vie, avec le jeu et le pari : Sans doute, ce contrat est aléatoire; mais loin de blesser les intérêts pécuniaires, il porte un soulagement et guérit des souffrances: L'indemnité, en ce cas, a une base morale (2).

La nullité résultant de ce qu'une demande a pour objet une dette de jeu ou un pari est d'ordre public : par conséquent elle peut être invoquée pour la première fois en appel (3).

1966 — Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente.

Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande, quand la somme lui paraît excessive.

= Le Code reproduit la distinction que faisait notre ancienne jurisprudence, entre les jeux de hasard et ceux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps : il accorde une action en justice pour le payement des sommes ou objets gagnés dans des jeux dont le succès dépend de la force, de l'adresse ou de l'agilité des parties: Ces sortes de jeux sont utiles à la société; ils développent le corps et donnent de l'agilité; préparent des marins adroits; des agriculteurs vigoureux; des soldats intrépides: d'ailleurs, ils n'ont rien de dangereux pour la morale; car, présentant aux joueurs un attrait particulier (celui de faire connaître leur adresse), il n'est pas besoin de leur en créer un dans un prix élevé (4).

Si le prix convenu était excessif, les tribunaux pourraient rejeter la demande (5). — L'excès dépend des circonstances: telle somme peut être modique pour un individu et considérable pour un autre.

Mais ils ne pourraient se borner à le réduire; car ce serait faire un

(1) Paris, 16 août 1825.

(2) Distinguons le contrat d'assurance sur la vie, du pari sur la vie : dans ce dernier cas, les parties ne se proposent pas de réparer un dommage; mais de faire un gain sur un événement sinistre; de donner un prix au hasard. L'assureur n'a pas d'intérêt à la durée de la vie de l'assuré, le contrat est immoral (*Voy.* Troplong, n. 164 et suiv.)

(3) Cass. 4 août 1824, 30 novembre 1826. Paris 10 juillet 1850. D. p. 51, 2, 184.

(4) Le jeu de billard ne doit pas être rangé dans cette catégorie; car il n'est d'aucun fruit pour le bien public, nonobstant les combinaisons auxquelles il donne lieu, Troplong, n. 57. Dur., n. 110. Zach., § 6. n. 5. Rolland, n. 12. Rép., v° Jeu. Poitiers 4 mai 1810; Montpellier, 4 juillet 1828. Angers, 13 août 1831. Dev. 1832 2. 270. Grenoble, 8 décembre 1823. — Nous exclurons par le même motif le jeu d'échec (*voy.* cep. Troplong, n. 49. et 50) et *à fortiori* les jeux de quilles, de boules et autres du même genre Troplong, n. 57.

(5) Troplong, n. 61. Zach. p. 79, n. 6. Delv., p. 304, n. 4.

contrat : la perte considérable prouve que les parties ont fait du jeu une spéculation, et non un simple moyen d'exercer leur adresse (1).

Quid, si le jeu ayant été excessif, le gagnant demandait une somme inférieure à la somme jouée? le tribunal rejetterait cette demande ; car le jeu n'aurait pas moins été illicite (Dur., n. 114).

En pareil cas, si le perdant était riche et le gagnant pauvre, que devrait-on décider?—Le juge ne rejetterait pas moins la demande : le contrat de jeu est commutatif; or, celle des parties qui, en cas de perte, n'eût pas été condamnée à payer, ne doit point, parce qu'elle a gagné, obtenir la somme convenue (Dur., n. 113).

Ces expressions de notre article et *autres jeux* de même nature, indiquent suffisamment que l'énumération contenue dans l'article 1966 n'est pas limitative, et que l'on doit appliquer la règle à tous les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, tels que la natation, les joutes sur l'eau, le tir au pistolet, etc. (Troplong, n. 49).

1967 — Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie.

= La loi refuse au perdant le droit de répéter ce qu'il a volontairement payé ; sans faire de distinction entre les jeux qui produisent et ceux qui ne produisent pas d'action.

Sur quels motifs cette disposition est-elle fondée? Toullier, (t. 6, n. 381), enseigne que la répétition n'est pas admise, parce que le jeu engendre une obligation naturelle ; il considère l'art. 1697 comme un corollaire de l'art. 1235.—C'est là une erreur : les dettes de jeu n'existent pas aux yeux de la loi: par suite, on décide, qu'elles ne peuvent ni servir de base à la novation (1271) (*voy.* t. 4, p. 514); ni être valablement cautionnées (2012)—Troplong (n. 189), s'exprime ainsi sur la question : «Si le jeu est renfermé dans de justes bornes, il est un contrat licite ; il a une cause réelle et une cause honnête ; il oblige naturellement... Quand le jeu est une spéculation intéressée, ce n'est pas la raison, mobile régulier des contrats, qui y conduit, c'est la passion... Alors le contrat devient illicite; il est contraire aux mœurs ; il n'engendre pas d'obligation naturelle ; un tiers ne pourrait le cautionner. » — Cette distinction ne s'appuie sur aucun texte : l'action en répétition n'est admise dans aucun cas.

Quelques personnes cherchent à justifier cette disposition, en disant que le payement doit être considéré comme une donation :

(1) Pothier, n. 81. Troplong, n. 51. Poitiers, 4 mai 1810.

— L'erreur n'est pas moins évidente, puisqu'il n'y a pas eu intention de donner :

La répétition est refusée, parce que la loi ne veut pas que les tribunaux aient à s'occuper d'une dette qui a une cause immorale ; parce qu'elle ne reconnait pas cet engagement.— Elle présume que le perdant s'est cru, par honneur, obligé de tenir sa parole; d'après la maxime *grave est fidem fallere* (1) : « Si le joueur, a dit M. Siméon dans son rapport, s'est tenu pour obligé; si fidèle à sa passion et délicat dans son égarement, il a acquitté ce qu'il avait témérairement engagé, il ne sera pas reçu à répéter ce qu'il a payé (2). » — D'ailleurs, les deux joueurs sont en faute : *turpitudo versatur ex utraque parte*: or, entre deux hommes coupables de la même faute, *melior est causa possidentis.*

Toutefois, la loi n'exclut la répétition que dans le cas de *payement volontaire;* elle fait exception formelle, lorsqu'il y a eu dol, supercherie ou escroquerie (3) : — on admettrait également la répétition, si le perdant avait payé par erreur, pensant que la dette avait une autre cause ;ou s'il n'avait pas la capacité requise, par ex., s'il était mineur, interdit, ou soumis à l'assistance d'un conseil judiciaire.

Notre acticle suppose que le payement a été réel: de simples promesses de payer ne seraient pas obligatoires.

Que doit-on décider si le perdant, au lieu de payer réellement, a remis au gagnant un billet à ordre? Distinguons : si le billet n'a pas été mis en circulation, il peut le réclamer ou refuser de payer à l'échéance, en prouvant, bien entendu, la cause de la dette: l'obligation souscrite ne constitue qu'une fraude à la loi.

Le débiteur pourrait se dispenser de payer, quand même l'obligation résulterait d'un acte notarié (4).

Mais si le billet a été négocié, l'exception ne peut être opposée aux tiers porteur de bonne foi (5).

Il a été jugé cependant, que le souscripteur peut demander au gagnant la garantie des billets mis en circulation (6): mais cette décision nous paraît contraire à l'esprit et même à la lettre de l'article 1967 (7).

(1) A Rome, la répétition des sommes perdues au jeu et payées était admise.—En France, on n'a jamais suivi cette règle (Pothier, n° 54).

(2) Exposé des motifs. Fenet. t. 14, p. 540.

(3) Mais alors, quelle différence reste-t-il entre le cas où une dette de jeu existe, et celui où il n'est rien dû? Dans le premier cas, l'erreur ne se présume pas; il faut en établir la preuve (1378): dans le deuxième, une fois la preuve établie, l'erreur se suppose (1236 et 1376.)

(4) Lyon, 21 décembre 1822. Grenoble, 6 décembre 1823. Bordeaux, 12 décembre 1827. Cass. 30 novembre 1826 et 12 janvier 1842. Angers, 13 août 1831.

(5) Troplong, n. 196. Mollot, n. 331, remise de commerce. Cass., 17 juillet 1828. Angers, 22 février 1809 et 28 août 1813. Cass., 29 septembre 1814 et 30 novembre 1826. Grenoble, 6 décembre 1823 et 13 août 1831. Paris, 28 janvier 1853. D. p. 1853, 2. 137.

(6) Cass., 29 décembre 1814. Dall., n. 38.

(7) Paris, 28 janvier 1853. D. p. 53, 2, 136.

— Le payement fait en immeubles, pour dettes de jeu est-il sujet à répétition? — L'ordonnance de 1629 maintenait les aliénations fondées sur cette cause; elle se bornait à conserver les droits hypothécaires des créanciers antérieurs. — La déclaration de 1781, plus sévère, frappait en ce cas, les ventes, cessions ou transports, de nullité: que doit-on décider sous l'empire du Code? — Il est de principe que les lois nouvelles abrogent les lois anciennes lorsqu'elles contiennent un système complet sur la matière (1): or, les art. 1964 et 1967 ne reproduisent pas la déclaration de l'art. 1781: donc cette disposition est abrogée. — Si la dette est réelle, si l'acte ne dissimule pas une libéralité, si la vente, en un mot, est sérieuse, pourquoi, en effet, ne pas appliquer l'art. 1967? Cet article consacre une règle générale et absolue. — Toutefois, il y a cette différence avec la vente proprement dite, que l'acheteur n'aura pas d'action en garantie s'il est évincé: car ce serait donner indirectement une action pour une dette de jeu (2). — Vainement dirait-on, qu'il est contradictoire de frapper de nullité les obligations qui ont pour cause une dette de jeu, et de maintenir les aliénations: la contradiction viendrait de la loi: elle refuse une action au gagnant, et cependant, elle interdit la répétition au perdant: Or, la transmission de propriété est un véritable payement.

Quid, dans le même cas, si une créance a été déléguée par le perdant au gagnant? — La délégation doit produire ses effets, par application de l'art. 1967: Le transport équivaut à une libération:—Mais le cessionnaire ne pourrait se prévaloir de la réserve de garantie, si elle avait été stipulée: attendu que ce serait demander indirectement le payement d'une dette de jeu, ainsi que nous l'avons déjà dit au cas de vente d'un immeuble (3).

Quid, dans l'espèce suivante: Les enjeux ont été déposés sur table, ou ce qui revient au même, entre les mains d'un tiers: si le perdant retire sa mise, ou si le tiers refuse de la remettre au gagnant, celui-ci aura-t-il, dans le premier cas, une action contre le perdant, et dans le deuxième contre le tiers? — Dans l'un et l'autre cas, cette action sera bien fondée: d'une part, on doit considérer la remise d'une chose entre les mains d'un tiers comme un dépôt, comme un séquestre, comme un payement fait d'avance, sous une condition qui s'est accomplie. — D'autre part, lorsque l'argent a été mis sur table, on ne doit plus considérer la mise au jeu comme une simple promesse: mais comme un payement fait en cas de perte: comme un abandon conditionnel: par conséquent, le gagnant est devenu propriétaire de l'enjeu par le gain de la partie: le perdant qui retire sa mise prend donc une chose qui n'est plus à lui: le gagnant qui, dans le cas prévu, réclame en justice la remise de l'enjeu, ne prétend pas qu'il s'agit d'une dette de jeu; il revendique sa propriété: Le tiers qui la retient commet un vol.—Le Code n'a en vue que le jeu sur parole: les promesses faites pour cause de jeu.—Troplong (n. 201) n'adopte pas cette opinion: suivant lui, le perdant peut exiger la remise de la chose: « Sous cette question de propriété, mise en avant comme sauvegarde de l'action, il y a, dit cet auteur, un joueur qui réclame ce qu'il a gagné au jeu, contre son adversaire qui a perdu: » — Cette décision est contraire à l'esprit de la loi: les obligations seules sont frappées d'inefficacité: or, on ne peut assimiler à une obligation, le dépôt d'une somme ou autre chose, soit sur la table, soit entre les mains d'un tiers: les parties, nous le répétons, se sont dessaisies de leurs droits sur cette chose—Le raisonnement de Troplong conduirait à décider, que le perdant peut arracher par la violence ce que la fortune a donné au gagnant (4).

Nous déciderions autrement, si les parties avaient fait des billets de la valeur de la somme perdue ou pariée: la remise des billets, faite au gagnant, sans l'aveu du

(1) Cass. 19 février 1818. Pau, 20 mars 1822.
(2) Troplong, n. 193. Chardon, n. 563. Dall. n. 45 et suiv.
(3) Troplong, n. 195. Limoges, 2 juin 1819.
(4) Dur., n. 116. Zach., t. 3, p. 80. Dall., n. 27. Angers, 22 janvier 1569.

perdant, ne serait point un payement susceptible d'empêcher la répétition : les billets, en effet, ne sont que de simples promesses donnant lieu à une action : sous ce rapport, nous admettons l'opinion de Troplong (n. 203).

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE (1).

La rente est une créance dont le créancier ne peut exiger le remboursement; mais qui lui donne droit à des prestations : — Ces prestations se nomment arrérages : — L'expression *viagère*, fait entendre que ce droit est borné à la vie d'une ou de plusieurs personnes désignées.

On peut comprendre dans la constitution en viager, la plupart des clauses qui peuvent être stipulées dans le contrat de rente perpétuelle ; sauf les différences suivantes :

La rente perpétuelle ne peut se former que sous faculté de rachat; la rente viagère n'est pas rachetable; — en matière de rente perpétuelle, les prestations ne peuvent dépasser le taux légal de l'intérêt : quand il s'agit d'une rente viagère, les prestations doivent être supérieures au taux ordinaire (1971-1975).— La caution d'une rente perpétuelle, peut poursuivre le débiteur, après un certain temps, pour se faire décharger; ceux qui ont cautionné le débiteur d'une rente viagère, ne peuvent exiger leur décharge, puisque ces sortes de rentes ne s'éteignent que par la mort de celui sur la tête de qui elles sont constituées — Les rentes perpétuelles sont activement et passivement transmissibles par succession ; La rente viagère s'éteint par la mort du crédi-rentier, lorsque le droit est constitué sur sa tête. — Enfin, le débiteur d'une rente perpétuelle peut être contraint au rachat, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années (1912) ; La résolution des rentes viagères n'a pas lieu pour cette cause.

La rente viagère, comme la rente perpétuelle, peut être constituée à titre gratuit ou à titre onéreux.

La constitution à titre gratuit est soumise, soit quant au fond, soit quant à la forme, aux règles ordinaires des libéralités.

La constitution à titre onéreux, peut être prouvée par tous moyens de droit ; notamment, par un acte authentique ou privé : — Dans ce dernier cas, l'acte n'a d'existence légale, par rapport aux tiers, qu'à partir du jour où il a acquis date certaine.

(1) Ne confondons pas la rente viagère avec le bail à *nourriture*, convention par laquelle une partie stipule la nourriture, le logement et le chauffage moyennant un prix : dans l'un et l'autre cas, assurément, le contrat est aléatoire ; mais il y a cette différence que, la rente viagère doit consister en une somme fixe en argent, ou en une certaine quantité de fruits payables à certaines époques : caractères qui ne se rencontrent pas dans le bail à nourriture. Troplong, n. 230. Cass. 14 avril 1899.

La rente viagère constituée à titre gratuit (1981), est insaisissable dans deux cas : 1° lorsque le disposant a manifesté sa volonté à cet égard, par une déclaration expresse ;—2° lorsque la rente a été donnée ou léguée à titre d'aliments (1981, C. civ.; 581, pr.).

Dans le chapitre qui va nous occuper, le Code a principalement envisagé le cas de constitution à titre onéreux.

Considéré sous ce dernier point de vue, « le contrat de rente viagère est donc une convention essentiellement aléatoire, par laquelle l'une des parties contractantes confère à l'autre un capital, soit mobilier, soit immobilier, à la condition par cette dernière, de lui servir une prestation périodique dont la durée est subordonnée à l'existence d'une ou plusieurs personnes désignées au contrat » (Pothier, n. 244).

Ce contrat est *aléatoire*, puisque chacune des parties court des chances de gain ou de perte : l'avantage sera pour le constituant, si la personne sur la tête de qui la rente a été constituée meurt peu de temps après le contrat ; il sera pour le crédi-rentier dans le cas contraire.—Il est *commutatif* puisqu'il y a *commutatio periculi*.

La rente viagère peut être acquise moyennant un capital en argent, ou comme prix soit d'un meuble, soit d'un immeuble déterminé :

Au 1er *cas*, le crédi-rentier est censé acheter ce droit. — Il en est de même, si le prix consiste en une certaine quantité de choses *in genere ;* par ex., tant de mesures de blé.

Le contrat est *unilatéral*, puisqu'il n'y a d'obligée que la partie qui constitue la rente : par conséquent, un seul original suffit si l'on dresse un acte privé (1); — *réel*, car le contrat ne se forme, en thèse générale, qu'au moment où le prix de la constitution de rente est payé : les arrérages ne sont dus qu'à partir de ce jour.

Cependant, les parties peuvent valablement stipuler que le contrat de rente viagère se formera par le seul consentement et que les arrérages courront immédiatement. — La constitution en viager diffère, sous ce rapport, de la rente perpétuelle : une pareille clause, ainsi que nous l'avons dit, vicierait ce dernier contrat; car les payements d'arrérages faits par anticipation, réunis à ceux effectués depuis, formeraient une somme qui dépasserait le taux légal de l'intérêt (2).

Au 2e *cas*, les rôles se trouvent intervertis : ce n'est plus la rente qui est l'objet de la vente ; elle devient le prix de la chose mobilière ou immobilière aliénée.

(1) Pothier, n.243. Merlin, Rép. v° Rente viagère, n. 9. Dur., t. 18, n. 157. Troplong, n. 227. Angers, 18 février 1837. Dev. 1839, 2, 426, D. p. 1839, 2, 138. Dal., n. 17.

(2) Delv., p. 204, n.5 — suivant Troplong, n. 280. Le contrat de rente viagère ne se formera qu'au moment où les deniers seront livrés. — Nous reconnaissons que l'hypothèse prévue se présentera bien rarement et qu'on doit la considérer comme une exception.

Le contrat n'est point *réel* et *unilatéral*; mais *consensuel* et *synallagmatique* (711, 1138, 938, 1581, 1703).—L'acte privé, si les parties emploient ce mode de preuves, doit dès lors être fait en doubles originaux (1325) (1); — l'enregistrement prélève le droit proportionnel pour mutation (2).

Dans la pratique, on désigne cette convention sous le nom de *vente à fonds perdu.*

Ne perdons point de vue, que l'*alea* est le caractère distinctif de la rente viagère : s'il n'existe pas, c'est-à-dire, si le contrat repose sur des bases telles que le constituant n'ait aucune chance à courir, les règles particulières établies sur les contrats aléatoires ne reçoivent donc point d'application (3).

Par suite on décide, que le montant stipulé des arrérages de la rente viagère doit dépasser le taux ordinaire de l'intérêt : autrement, on ne verrait dans le contrat intervenu, qu'une donation déguisée de la nue propriété du capital.

Le taux de la rente viagère est réglé par les contractants en raison de leurs convenances, de leurs calculs et de leurs espérances.

Que devrait-on décider en pareil cas, si la rente viagère était le prix d'un immeuble aliéné? (*Voy.* p. 540).

Lorsque le prix d'une rente viagère est fourni par un tiers, ce tiers exerce une véritable libéralité : les effets de cette libéralité sont subordonnés à l'observation des règles générales sur les dispositions à titre gratuit.

La rente viagère peut être constituée sur la tête de la personne qui en fournit le prix ; sur celle du rentier ; sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir; sur celle du débiteur; enfin sur une ou plusieurs têtes (1971, 1972);—mais elle est comme non avenue, lorsqu'elle a été constituée sur la tête d'une personne qui était morte à l'époque où le contrat a été conclu (1974), ou qui était atteinte d'une maladie des suites de laquelle elle est morte dans les vingt jours suivants (1975).

Le débiteur d'une rente viagère doit : 1° fournir les sûretés qu'il a promises par le contrat; —2° payer régulièrement les arrérages aux époques déterminées : le créancier ne peut réclamer ce payement, qu'en prouvant l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée.

A défaut de conventions contraires, les arrérages se payent à la fin de chaque année : mais on peut valablement stipuler qu'ils seront payés à l'avance, soit pour l'année entière ; soit par semestre ; soit par trimestre.

(1) Troplong, n. 216 et suiv., 223, 227. Dur., t. 18, n. 157, Angers, 18 février 1837. Dev. 1839, 2, 426. Dal., n. 17.

(2) Troplong, n. 218 et suiv. Dur., n. 157. Championnière et Rigaud, Enregistr. n. 1306, t. 2,

(3) Troplong, n. 211. Rente viagère, vente, n. 150 et 791.

L'obligation de servir une rente viagère, s'éteint :

1° par la mort naturelle de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée ;

2° lorsque le débiteur ne fournit pas les sûretés qu'il a promises, ou lorsqu'il diminue par son fait celles qu'il a données ;

3° enfin, comme toute créance en général, par le laps de 30 ans révolus, sans que les arrérages aient été payés (arg. des art. 1262 et 1263). — Les arrérages échus se prescrivent par cinq ans (2277) (1).

SECTION I.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU CONTRAT.

1968 — La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble.

= La rente viagère est mobilière, lors même qu'elle a pour cause l'aliénation d'un immeuble; car le constituant s'oblige à des prestations mobilières.

Nous avons décidé par suite, sous l'art. 1401, qu'elle tombe dans la communauté conjugale.

Pourrait-on valablement convenir, qu'après la mort de celui au profit de qui la rente est constituée, le constituant rendra une certaine partie de la somme qu'il a reçue ; par ex., le tiers ou le quart? Cette clause n'aurait rien d'illicite, puisque les parties ont la faculté de stipuler le taux qui leur convient (1976): le contrat renferme alors deux conventions ; savoir : une vente de la rente viagère, et un prêt gratuit.—Toutefois, si les juges découvrent qu'il renferme un prêt usuraire, ils doivent prononcer la nullité ou du moins la réduction (Pothier, n. 245. Dur., n. 153).

Il est permis de comprendre dans un même contrat une rente perpétuelle et une rente viagère : le créancier peut stipuler, par ex., qu'après la mort du créancier, ses héritiers auront droit à une rente *de tant*, rachetable *de tant* : —En ce cas, on peut rembourser au constituant, malgré lui, la somme fixée pour le rachat de la rente perpétuelle (1911) ; mais ce rachat ne devient possible qu'au moment où la rente viagère s'éteint (2).

La rente perpétuelle qui doit être continuée aux héritiers, peut excéder le taux légal des intérêts de la somme déterminée pour le rachat : par ex., si l'acte stipule que les héritiers du rentier rece-

(1) Pothier, n. 259. Merlin, Rép. v° Rente viagère, § 17. Del., sur l'art. 2263. Vaz., prescrip., n. 336. Troplong, prescrip., t. 1er, n. 182. Dur., T. 18, n. 184. Toulouse, 21 janvier 1828. *Voy.* cep. Metz, 28 août 1819. Lyon 5 avril 1824.

(2) Pothier n. 246. Dur n. 154. Rolland, n. 69.

vront une rente de 50 fr., rachetable moyennant 600 fr., cette convention produira son effet; car les deux rentes sont établies moyennant un prix unique : or, le taux des rentes perpétuelles se règle sur la somme qui a été payée pour prix de la constitution et non sur celle fixée pour le rachat (1).

1969. — Elle peut être aussi constituée, à titre purement gratuit, par donation entre-vifs ou par testament. Elle doit alors être revêtue des formes requises par la loi.

= La constitution de rente viagère faite à titre purement gratuit se règle, quant à la forme, par les principes particuliers aux donations et aux testaments. — Lorsqu'elle résulte d'un testament, il n'y a point de contrat : Si le déposant a employé la forme d'une donation, le contrat existe ; mais il n'a rien d'aleatoire.

Pour constituer une rente à titre gratuit, il faut réunir les conditions ordinaires de capacité (901 à 912). — La rente est révocable pour cause de survenance d'enfants, d'ingratitude et d'inexécution des conditions (593); — elle est réductible, quand elle excède la quotité disponible (913 et suiv.); — elle est rapportable, quand elle est constituée au profit d'un successible (843 et suiv.) (2).

L'art. 1969 dispose pour le cas où l'acte a le caractère d'une pure libéralité : nul doute qu'une rente viagère peut être gratuite quant au fond, bien que les parties aient emprunté la forme d'un contrat à titre onéreux; c'est-à-dire, qu'elle peut être constituée au profit d'un tiers, comme condition d'un contrat à titre onéreux que l'on fait pour soi-même (1121). — L'art. 1973 fait allusion à cette règle.

Jugé, que la constitution d'une rente viagère faite par un maître à son domestique, pour reconnaître des services rendus, peut être considérée, à raison des faits et circonstances, comme un contrat à titre onéreux, et résulter en conséquence d'un acte sous seing privé, réunissant les conditions prescrites par l'art. 1326 (3) ;

Que l'acte par lequel un héritier assure à un ancien domestique de son auteur, même par l'ordre de celui-ci, une rente annuelle et viagère, en récompense des services qu'il a rendus, peut être considéré comme la reconnaissance d'une dette et résulter d'un acte privé (4);

Qu'une rente viagère constituée par un homme au profit d'une fille dont il a eu un enfant, n'est pas nécessairement soumise à la forme des donations entre-vifs ou des testaments; cet acte pouvant

(1) Pothier, n. 247. Dur. 154. Rolland, 70 et 71.
(2) Angers, 7 février 1829. Cass., 7 août 1833. Dev., 1833, 1, 699.
(3) Cass., 3 février 1846. D. p. 46, 1, 169.
(4) Metz, 28 avril 1866.

être considéré comme l'accomplissement d'un devoir et la réparation d'un dommage (1) ;

Que l'acte par lequel un ascendant abandonne des biens à ses enfants, sous la réserve d'une rente viagère, n'est pas une disposition entre-vifs proprement dite, mais un acte à titre onéreux (2).

1970 — Dans le cas de l'article précédent, la rente viagère est réductible, si elle excède ce dont il est permis de disposer : elle est nulle, si elle est au profit d'une personne incapable de recevoir.

= Comment réduira-t-on la rente viagère, si elle excède la portion disponible? Les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible (917).

L'application de cette règle ne souffre aucune difficulté, lorsque la rente viagère est la seule libéralité : mais *quid*, s'il en existe d'autres? Comme le sort de ces dispositions dépendra de l'importance de la rente, il faudra bien l'évaluer : — L'évaluation se fera eu égard à l'âge et à la force des personnes sur la tête desquelles le droit a été constitué et autres circonstances (Delv., p. 205, n. 7).

Il va sans dire, que l'on doit se placer, pour reconnaître si la rente excède la portion disponible, à l'époque de la mort du disposant (arg. des art. 856 et 928).

Quant au mort civilement, il profite de la rente si elle a été constituée pour aliments : l'art. 25, § 3, lui permet, en effet, de recevoir à ce titre.

En cas de réduction, le donataire doit-il rapporter, en tout ou partie, les arrérages qu'il a touchés avant le décès du constituant? — Bien que les arrérages, pour ce qui excède le taux de l'intérêt égal, puissent être considérés comme une portion du capital (1978), on décide que le rapport ne doit pas avoir lieu ; car, dans notre droit, la rente viagère constitue un être moral dont les arrérages sont les fruits : or, aux termes de l'art. 928, le donataire ne doit compte des fruits, pour ce qui excède la portion disponible, qu'à compter du jour du décès (Delv., p. 206, n. 7).

1971 — La rente viagère peut être constituée, soit sur la

(1) Cass. 30 décembre 1819.

(2) Cass., 1er mars 1809. — On ne saurait opposer aux arrêts que nous venons de rapporter un arrêt de Cass. du 15 janvier 1817, lequel a décidé que les héritiers d'un mineur qui avait servi pendant sa minorité jusqu'à sa mort, arrivée quelques années après sa majorité, en vertu d'une autorisation du conseil de famille, une rente viagère au profit de ses parents pauvres, n'était pas obligatoire pour les héritiers de ce mineur : Dans ce dernier cas, l'avis du conseil n'avait été réalisé par aucun acte. Le conseil de famille n'avait pas autorisé le *vinculum juris*.

tête de celui qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers, qui n'a aucun droit d'en jouir.

= La rente viagère est ordinairement constituée sur la tête de celui qui en fournit le prix ; cependant, on peut faire dépendre sa durée, de la vie d'une personne qui même ignore la convention : — par exemple, je puis m'obliger à vous servir une rente jusqu'à la mort d'un enfant encore en bas âge. — Il n'y a pas lieu de rechercher si cette personne est capable de contracter, puisqu'on ne dispose pas en sa faveur : elle n'est pas *in conditione ;* mais *in dispositione* : si elle survit au rentier, les héritiers de ce dernier ont droit à la continuation de la rente.

Nous déciderons, par le même motif, que l'on peut faire reposer sur la tête du débiteur lui-même, les chances aléatoires de la rente : par ex., si je livre un capital à charge par celui qui le reçoit de me servir une rente pendant toute sa vie, cette convention est valable (1).

Mais à défaut de toute stipulation contraire, la rente est censée constituée sur la tête du créancier (2).

Il faut donc bien distinguer la personne qui profite de la rente, du tiers sur la tête de qui elle est constituée.

1972 — Elle peut être constituée sur une ou plusieurs têtes.

= On peut constituer la rente sur la tête de plusieurs personnes, pour leur en attribuer la jouissance, soit ensemble, soit successivement, ou, pour en assurer la jouissance à soi-même et à ses héritiers: —il faut comme de raison, désigner dans le contrat, toutes les personnes sur la tête desquelles la rente est constituée ; autrement, il dépendrait du stipulant de prolonger indéfiniment l'existence du droit; l'une des parties se trouverait à la discrétion de l'autre ; il n'y aurait point d'*alea*.

Par application de ce principe, la cour de Caen a déclaré nulle, la réserve faite par le créancier de la rente, de désigner à son choix une personne, sur la tête de laquelle la rente serait réversible (3).

—La rente constituée au profit de plusieurs personnes, s'éteint-elle pour partie à la mort de chacune d'elles ?—Cette question, suivant Duranton (n. 133, 134 et 150, t. 18), ne peut-être résolue de la même manière, pour tous les cas de constitution sur plusieurs têtes; « il faut au contraire distinguer : si je stipule à mon profit une rente viagère sur la tête de deux autres personnes, la rente, à moins de déclaration contraire, doit subsister en entier jusqu'au décès du dernier mourant; car dans ce cas, en désignant deux personnes, le créancier de la rente a voulu

(1) Pothier, n. 226. Dur., n. 130. Rolland, n. 28. Troplong, n. 241. Zach. t. 3. p. 82.
(2) Fenet, t. 14, p. 562. Dur., n. 128.
(3) Caen, 16 mars 1852. D. p. 53, 2, 95.

augmenter la chance de sa durée et non diviser le contrat dans ses effets : il y a en un mot dans ce cas une condition copulative qui doit être remplie *in integrum.*— Dans le cas, au contraire, où deux personnes fournissant en commun le prix de la constitution de la rente, la constituent sur leur tête et stipulent à leur profit, la mort de l'une d'elles opère l'extinction de la rente pour moitié, à moins de stipulation contraire ; par la raison que lorsqu'une chose divise est due à deux personnes sans solidarité, il est de principe qu'il n'en est dû que moitié à chacune d'elles. Les rentes viagères ne sont exceptées par aucun texte de cette règle générale. » ... Ce système est rejeté avec raison par la majorité des auteurs et par la jurisprudence: l'art. 1972 porte que la rente peut être constituée sur plusieurs têtes: aucun texte ne prononce la diminution du droit à mesure de l'extinction des têtes ; —certes, nul n'oserait soutenir que le rachat d'une rente constituée peut avoir lieu pour partie : ce serait prétendre que les contrats sont susceptibles de résolution partielle et méconnaître les principes les plus élémentaires : Dès lors, comment le décès de l'un des ayants droit pourrait-il produire cet effet? — Nous le répétons, la rente est unique : donc, le décès de toutes les personnes désignées au contrat est la condition d'extinction de ce droit ; telle a été la pensée du législateur. « On peut encore constituer la rente sur plusieurs têtes, a dit M. Duveyrier dans son rapport, soit pour en attribuer successivement la jouissance aux personnes sur la tête desquelles elle est constituée; soit pour en conserver la jouissance à soi-même et à ses héritiers, *jusqu'à l'extinction de toutes les têtes qui entretiennent et prolongent sa durée* (Fenet., P. 563, t. 14).»— Pothier (n. 243) admet également, que la rente subsiste pour le tout et qu'elle passe pour le tout sur la tête du survivant.—Néanmoins afin de prévenir toutes difficultés, les parties agiront prudemment en manifestant leur volonté à cet égard (1).

On décide par suite, que la régie ne perçoit pas de droit de mutation pour la réversibilité résultant du décès de l'un des rentiers.

1973 — Elle peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne.

Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait le caractère d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations; sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'article 1970.

— On peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre (1121) : — L'article 1973, conçu en termes généraux, permet d'imposer le service d'une rente viagère au profit d'un tiers, comme condition d'une opération quelconque : par exemple, je puis vendre telle maison, en stipulant que l'acquéreur conservera le prix, à charge de servir une rente viagère à un tiers, sans rien stipuler pour moi-même : si le tiers accepte, l'acte devient irrévocable en ce qui le concerne.

(1) Zach. t. 3, § 388. n. 7. Troplong, n. 245. Rolland, n, 20, 22 et 40. Cass., 18 janvier 1830, 22 février 1820. Grenoble, 21 juin 1822. Rennes, 16 juin 1841. Dev., 1841, 1. 553.—Il a été jugé (Dijon, 22 janvier 1845, D., 1845, 4. 135), que le *Legs* d'une rente viagère fait conjointement a deux personnes sans réversibilité d'une tête à une autre, s'éteint par moitié au décès de l'un des légataires: Mais il faut observer, que les legs sont fondés uniquement sur la volonté du testateur : Quand ce droit résulte d'un acte entre-vifs, chacune des parties est censée avoir stipulé que la rente serait réversible pour le tout sur sa tête en cas de survie.

Cette disposition n'est pas soumise aux formes requises pour les donations, quoiqu'elle renferme une véritable libéralité ; l'acte peut être passé sous seing privé ; bien plus l'acceptation peut être tacite : elle résulterait suffisamment du seul fait d'avoir touché un terme de la rente (1).

Au premier abord, les art. 1973 et 1969 semblent se contredire ; mais la contradiction n'est qu'apparente : en effet, dans ce dernier article, il s'agit d'une rente que l'on constitue spontanément sur soi ou sur ses héritiers : cette constitution ne se trouvant jointe à aucun autre contrat, il faut nécessairement recourir, pour la créer, aux formes des donations ou des legs : — Dans notre espèce, la libéralité n'est qu'accessoire à un autre contrat ; elle est stipulée comme condition de ce contrat ; une véritable vente se passe entre le bailleur de fonds et celui qui s'oblige à servir la rente : puisqu'on considère la rente comme un accessoire, comme une condition de la vente, son efficacité doit dépendre du sort de la disposition principale. (*Voyez* au surplus nos observations sur l'article 1121.)

Du reste, la rente viagère constituée dans cette forme, n'est pas moins une libéralité quant au fond : cette voie indirecte ne doit donc pas être un moyen d'éluder les règles établies sur la portion disponible et sur la capacité de recevoir : notre article réserve aux ayants droit, comme dans le cas de constitution purement gratuite, la faculté d'attaquer la libéralité, si elle est faite au profit d'une personne incapable, et celle de faire réduire la rente, si elle excède la quotité dont le constituant pouvait disposer : ajoutons, qu'il y a lieu d'invoquer la révocation dans les cas prévus par la loi. (*Voy.* art. 953.)

Le débiteur peut-il se prévaloir de l'une de ces circonstances, pour se dispenser de servir la rente en totalité ou en partie ? Non assurément ; il n'est pas moins obligé :

Ainsi, dans les cas d'incapacité du tiers au profit duquel la rente est stipulée, ou si la libéralité est révoquée, le stipulant ou ses représentants pourront obtenir un jugement portant qu'ils recevront les arrérages de la rente au lieu et place du tiers incapable, jusqu'au terme fixé pour l'extinction de la rente : Nonobstant l'annulation, ou la révocation de cette libéralité, le contrat produira donc son effet à leur égard.

Appliquez cette règle au cas de réduction de la rente viagère, lorsque la libéralité faite au profit d'un tiers excède le disponible (920) : ce n'est pas au débiteur que profitera la réduction, mais aux héritiers du stipulant ; la quotité réduite sera versée entre leurs mains jusqu'au décès de la personne dont l'existence a été considérée pour fixer la durée du droit viager (2).

(1) Delv., t. 3, p. 420, n. 6. Dur., t. 18, n. 139 et 140, Zach. § 388, n. 4. Rolland, n. 30 et 31. Troplong, n. 250.

(2) Pothier, n. 241. Troplong, n. 252.

— Le stipulant peut-il valablement se réserver la jouissance de la rente jusqu'au moment où le tiers qui doit en profiter aura manifesté sa volonté (1121)? — Cette clause n'a rien de contraire aux lois.

Le cas d'aliénation, moyennant une rente viagère, d'un immeuble de la communauté ou d'un capital mobilier, présente de graves difficultés : plusieurs hypothèses peuvent se présenter : le mari seul a concouru à cet acte ; il a constitué la rente sur sa tête seule, ou sur sa tête et celle de sa femme ; la femme est intervenue à l'acte; examinons ces diverses hypothèses:

Le mari administrateur de la communauté, peut-il aliéner les biens qui en dépendent, moyennant une rente viagère constituée sur sa tête seule? — Le mari peut, aux termes de l'art. 1421, aliéner les biens communs, sans le concours de sa femme; l'art. 1422 lui accorde même la faculté d'en disposer à titre gratuit, sous la seule condition qu'il ne s'en réservera pas l'usufruit : or, une vente faite moyennant un prix sérieux, converti en rente viagère, est un acte à titre onéreux, dont la communauté profite; par conséquent, il est vrai de dire, qu'un pareil acte est passé par le mari dans les limites de sa capacité : la loi ne distingue pas la vente à charge de rente viagère, de la vente ordinaire.

La rente constituée par le mari sur sa tête seule, lui profitera-t-elle exclusivement s'il survit à sa femme? — Ce serait admettre qu'il peut s'enrichir aux dépens de la communauté.—D'ailleurs, en lui accordant le droit de disposer à titre gratuit et particulier des effets mobiliers qui en dépendent, l'art. 1422 met pour condition qu'il ne s'en réservera pas l'usufruit ; donc il ne peut se réserver la rente viagère pour lui seul : les arrérages doivent, nonobstant toute stipulation contraire, être partagés par moitié, entre le mari survivant et les héritiers de la femme, comme biens de communauté, pendant toute la vie de la personne dont l'existence a été considérée (1).

Que devrait-on décider cependant, si les époux s'étaient fait pendant le mariage, donation réciproque de l'usufruit de leurs biens meubles? — Le mari survivant toucherait les arrérages de la rente ; en sorte que l'aliénation ne profiterait en définitive, qu'à lui seul. — Mais alors ce résultat serait la conséquence de la donation faite par la femme ; donation qu'elle était libre de révoquer aux termes de l'art. 1096 : En n'usant pas de ce droit de révocation, elle aurait manifesté l'intention de donner à sa libéralité toute l'extension que comportait le droit du mari, de vendre les immeubles de la communauté et d'en convertir le prix en rente viagère (2).

Peut-on trouver le caractère d'une donation, dans la rente achetée à frais communs par deux personnes, à charge de réversibilité sans diminution sur la tête du survivant? — L'une et l'autre ont traité dans l'espérance de jouir un jour de l'intégralité du droit ; elles n'ont pas eu en vue de se gratifier mutuellement; le contrat est donc aléatoire.—Appliquez cette décision, au cas où deux futurs époux stipulent par contrat de mariage, qu'ils fourniront chacun la moitié du capital d'une rente viagère, réversible sur la tête du survivant (3).

Mais que doit-on décider, si l'acquisition a été faite par le mari, durant le mariage, avec les deniers de la communauté, sous la condition que la rente passera en

(1) Rodière et Pont, n. 658, t. 1er. Troplong, Contrat de mariage, n. 868. Rente viagère n. 254. Dur., t. 18, n. 136.

(2) Rennes, 16 juin 1841. Dev. 1841, 2, 553. Dall., Contrat de mariage, n. 1129. — Pothier, n. 242, n'admet pas cette dernière solution : il décide que le survivant ne pourra jouir pendant sa vie de la part du prédécédé: mais il faut observer, que dans son opinion, l'usufruitier d'une rente viagère ne jouissait qu'à charge de restituer après l'extinction de son droit, aux héritiers du prédécédé, ce que valait cette portion de rente viagère au commencement de l'usufruit. Suivant lui, la rente viagère n'était susceptible que de quasi-usufruit : Le code a consacré d'autres principes (508).

(3) Troplong, n. 253. Dur. 136.

totalité sur la tête du survivant? — La cour de Rennes a jugé (par arrêt du 15 février 1840, Dev., 1840, 2, 226), que la rente viagère devait être mise au nombre des valeurs comprises dans l'actif de la communauté; sauf l'effet des donations ou des dispositions testamentaires régulièrement faites par le prédécédé, de ses droits dans la rente ainsi constituée ; ce qui donnait lieu à réduction dans les cas prévus par l'art. 1098. Elle s'est fondée sur les motifs suivants : « L'établissement de la rente viagère sur deux têtes au lieu d'une et la condition du paiement de la rente entière au survivant des deux époux, n'ont pas été sans influence sur la fixation de la quotité de cette rente : il en est résulté, au profit du survivant des époux, réduction du revenu de la communauté; réduction des économies qu'ils ont pu faire sur ce revenu; réduction de l'actif de la communaute ; réduction de la part afférente à la succession du prédécédé dans le partage de cette communauté. — Une pareille stipulation constitue donc un avantage mutuel, indirect, fait au survivant, au préjudice des héritiers à réserve; à ce titre, la constitution est nulle comme résultant d'un seul et même acte (1097). »

Pothier (n.242), nous apprend que la question avait été soulevée sous notre ancien droit : « Si le mari, dit-il, s'était fait constituer à lui et à sa femme une rente viagère des deniers de la communauté, après la mort de l'un d'eux, et en cas d'acceptation de communauté, elle devrait être continuée pour moitié seulement au survivant, et pour l'autre moitié aux héritiers du prédécédé. »

Quel parti prendre? la cour de Rennes a considéré la disposition dont il s'agit comme une libéralité indirecte; or, nous ne voyons pas qu'elle contienne la moindre trace d'une libéralité : l'opération est aléatoire et à titre onéreux. — Peu importe, que la rente soit conquêt de communauté : la communauté n'a acquis la rente qu'à la condition de ne pas la partager: pourquoi violer la loi du contrat? —On invoque la raison d'égalité : l'égalité existe; l'avantage est partagé, puisque le mari et la femme courent les mêmes chances. — Il n'est donc pas exact de dire que l'un des époux se trouve enrichi aux dépens de l'autre. — D'un autre côté, la doctrine de nos anciens auteurs laisse à désirer : en effet, il est de principe que le mari peut disposer à titre onéreux des biens de la communauté: or, l'acquisition d'une rente viagère est un contrat de cette nature : — Nous estimons en conséquence, que le droit viager doit passer en totalité sur la tête du survivant (Troplong, n. 254).

Toutefois, il faut bien peser les termes de la clause dont on prétend faire résulter la réversibilité : si les circonstances démontraient que les chances sont inégales; que la réciprocité d'*alea* n'existe point : par ex., si un mari vieux et infirme, voulant favoriser une femme encore jeune, aux dépens des enfants d'un premier lit, achetait, avec les deniers communs, une rente réversible sur la tête du survivant, le juge pourrait voir dans cet acte une donation déguisée, faite à la femme survivante par le mari, de ses droits dans ladite rente ; donation qui serait réductible à la portion disponible (1), et susceptible de révocation dans les cas prévus par les art. 953 et 960 (2).

Supposons maintenant que les deux époux sont intervenus au contrat :

Si la rente a été constituée sur les deux têtes, avec clause de réversibilité pour le tout en faveur du survivant, cette stipulation est-elle valable? — Le doute naît de l'art. 1097, lequel interdit aux époux de se faire, pendant le mariage, des donations mutuelles par un seul et même acte : mais lorsqu'on envisage le contrat en lui-même, on reconnaît qu'il ne renferme pas de libéralité; que les avantages

(1) Dur., n. 136. Troplong, n. 255 et suiv Cass., 15 mars 1844. Dall., Contrat de mariage, n. 1133. Dev., 1844, 1, 409.

(2) La cour de Paris a jugé le contraire, par un arrêt du 24 ventôse an 12 ; mais elle s'est déterminée par des considérations de fait. Voyez également en ce sens un arrêt de Bruxelles, du 16 janvier 1813.

et les sacrifices sont égaux et réciproques pour l'un et l'autre époux; que le contrat qui intervient entre eux est aléatoire et intéressé : dès lors, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 1097 (1).

Toutefois, nous le répétons, il faut bien peser les termes de la clause : souvent il y a doute sur la volonté des parties : Jugé, qu'une clause portant vente d'un conquêt, moyennant une rente payable *pendant la vie des époux, jusqu'au décès du survivant, sans aucune diminution au décès du prémourant*, fixe uniquement l'époque de l'extinction de la rente, et ne déroge pas aux principes sur le partage de la communauté (2) ; — que la clause de *jouissance au profit du survivant*, ne suffit point pour établir une dérogation au principe du partage par moitié (3).

On a même prétendu, que l'attribution totale au survivant, ne résultait pas de ce que la rente constituée sur la tête des deux époux, avait été *stipulée réversible sur la tête du survivant*, ou même réversible *en totalité*; que cette clause avait pour effet unique de proroger la rente, jusqu'au décès du survivant, sans priver pour cela les héritiers du prémourant, de leur droit à la moitié des arrérages (4).

Il a été jugé au contraire, que la rente viagère, constituée au profit de deux époux, passait tout entière sur la tête du survivant, bien qu'il n'y eût pas de clause de réversibilité (5).

On voit par ces exemples, que les époux ne sauraient exprimer trop clairement leur volonté, s'ils veulent faire passer la rente sur la tête du survivant; car il s'agit d'une dérogation à un principe général, ce qu'on ne présume pas facilement : il faut autant que possible éviter de donner lieu à interprétation.

Si la femme survivante renonce à la communauté, perd-elle son droit à la rente viagère, stipulée réversible sur la tête du survivant? — Pour soutenir que pendant la vie de la femme, la rente doit être payée à la succession du mari, on dit que la rente ayant été acquise avec les biens de la communauté, tombe nécessairement dans la masse commune ; qu'elle n'a été constituée éventuellement sur la tête de la femme, qu'en vue du cas d'acceptation ; qu'en renonçant, elle perd dès lors tout droit à la communauté, et par suite à la rente; — mais ce système est généralement rejeté : « La cour de cassation a considéré, que la femme ne « peut rien faire pendant le mariage, qui déroge à son droit alternatif, dont « l'exercice ne peut s'ouvrir qu'au décès du mari ; que ce n'est ni en vue, ni à con- « dition de l'acceptation de la communauté, que la réversibilité sur sa tête est sti- « pulée ; que le droit de la femme à la réversibilité ne peut donc être subordonné « à l'acceptation de la communauté ; — Que le mari, seul maître de la commu- « nauté, pouvait seul, et sans le concours de la femme, vendre tout ou partie des « immeubles, et pouvait seul aussi constituer une rente viagère au profit de sa « femme, comme au profit d'un étranger (1973). » (6)

Toutefois, comme la femme survivante serait censée, par l'effet de cette renonciation, n'avoir jamais été commune, la rente viagère constituée sur sa tête, moyennant une valeur prise sur les biens de la communauté, prendrait le carac-

(1) Paris, 25 mars 1844, et implicitement par un arrêt de la Cour d'Orléans, du 28 décembre 1843. Dall., Contrat de mariage, n. 1131 et 1133. La Cour d'Angers, 7 mars 1842. (Dall. n. 1130), a été plus loin: elle a décidé qu'on ne pouvait considérer, même comme une libéralité entre époux, la rente sous condition de vente viagère faite par le mari et la femme conjointement, des immeubles propres de la femme.

(2) Orléans, 28 décembre 1843. Dall., Contrat de mariage, n. 1131.

(3) Paris, 19 décembre 1819.

(4) Paris, 25 mars 1844. Cass., 15 mai 1844. Dall., n. 1132. Contrat de mariage.

(5) Agen, 6 avril 1827 ; arrêt confirmé en cassation, le 18 janvier 1830, par ce motif que la cour s'était borné à interpréter l'acte. Dur., t. 18, n. 34, critique l'arrêt d'Agen.

(6) Cass., 15 mai 1844. Pal., 1844, 1, 746. Dev., 1844, 1, 409. Paris, 25 mars 1844. Dall. Contrat de mariage, n. 1133.

tère d'une libéralité faite par le mari ; ce qui donnerait lieu à l'application des règles établies sur la réduction et la révocation (1). — On se trouverait alors dans le cas topique réglé par l'art. 1973, deuxième alinéa, puisque la femme n'aurait rien fourni dans le capital.

Dans les espèces que nous venons de parcourir, on suppose que la rente est constituée à titre onéreux : lorsqu'elle résulte d'une disposition à titre gratuit, notamment d'un testament, la réversibilité n'a lieu, qu'autant que le disposant a manifesté sa volonté à cet égard.—Jugé, qu'une pension viagère, léguée à deux personnes, sans clause de réversibilité en cas de décès de l'une d'elles, s'éteint pour moitié à la mort de l'un des colégataires, et qu'il n'y a pas lieu à accroissement au profit du survivant (2).

1974 — Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

= Le contrat de rente viagère a pour base la vie plus ou moins prolongée de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée : il est donc sans cause, si cette personne n'existe plus au jour du contrat.— Dès lors, le stipulant peut répéter ce qu'il a payé pour prix de la constitution; — peu importerait même que la mort de la personne désignée eût été ignorée des parties contractantes : la bonne foi ne peut valider une convention qui ne réunit pas les conditions voulues pour quelle puisse se former.

Si la rente est crée sur la tête de plusieurs personnes, le décès de l'une d'elles, survenu dans les vingt jours du contrat, entraîne-t-il nullité? Pour que le contrat soit valable, il suffit qu'il y ait risques ; on n'examine pas s'ils sont plus ou moins grands.— L'article 1974, suppose que la rente est constituée sur la tête d'une seule personne (3).

Que doit-on décider, si celui qui fournit le prix de la constitution, sait au moment du contrat, que la personne est morte ? — L'acte est considéré comme un don manuel ; sans préjudice de l'action en réduction, si la quotité disponible a été dépassée, et même de l'action en restitution pour cause de nullité, si celui entre les mains de qui les deniers ont été versés, était incapable de recevoir à titre gratuit de la personne qui les a comptés (Pothier, n. 219 et suiv., Dur., n. 144).

Comment concilier la disposition de l'art. 1974, avec celle de l'article 365 du Code de commerce, qui déclare valable le contrat d'assurance fait après la perte ou l'arrivée des objets assurés ? Dans ce dernier cas, c'est l'opinion commune des contractants, et non le

1 Troplong, n. 256. Dur., n. 136. Paris, 25 mars 1844. Dall., Contrat de mariage, n. 1133 Pal., 1844, 1, 510.

(2) Dijon, 22 janvier 1845. Pal. 1845, 1, 198.

(3) Dev., p. 206, n. 10. Dur., n. 150. Troplong, n. 255. Zach., t. 3, p. 83. Toullier, t. 6. n. 47. Favard, contrat aléatoire, art. 4er, n. 1. Rolland, v° rente viagère, n. 25. Cass., 22 février 1820. Grenoble, 21 juin 1822.

risque, qui fait la base du contrat : Ce contrat a pour but de procurer la sûreté commerciale, et de couvrir tous les périls quelconques même ceux qui sont passés; il suffit que les parties n'en aient pas eu connaissance : Tel est son caractère propre. — Au contraire, en matière de rente viagère, il faut un *alea* : si la chance n'existe pas, la constitution manque de cause (1).

1975 — Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

= Les parties ont voulu créer une rente qui pût avoir quelque durée : si la personne dont l'existence doit régler la durée de la rente, bien que vivante au moment du contrat, était néanmoins atteinte d'une maladie qui depuis a causé sa mort, l'erreur serait une cause de nullité; car elle tomberait sur l'une des conditions essentielles de la convention.

Pour que la résiliation ait lieu, notre article exige trois conditions; il faut :

1° Que la personne ait été malade au moment du contrat : si elle se portait bien à cette époque, quand même elle serait morte peu de jours après, la convention produirait son effet.

Observons, que la grossesse ne peut être considérée comme une maladie. — Il en serait autrement, si elle était compliquée d'un état maladif qui dût, selon toutes probabilités, rendre l'accouchement mortel. Les tribunaux prononceraient sur le rapport des gens de l'art (2).

2° Qu'elle ait succombé à la maladie dont elle était affectée : si la mort avait été occasionnée par toute autre cause, par exemple, par un duel ou par une chute, le contrat ne serait pas vicié.

3° Enfin, il faut que le décès soit arrivé dans les vingt jours de la date du contrat.

On ne comprend pas dans ce délai, le jour *à quo;* c'est-à-dire, le jour de la date du contrat : les vingt jours dont parle l'art. 1575 doivent être complets (3) : telle est la règle générale.

Suivant nos anciennes lois, pour que la constitution de rente fût valable, il fallait que le crédi-rentier eût ignoré la maladie qui rendait imminente, la mort de la personne dont l'existence avait été prise pour terme de la durée du droit constitué en viager : le juge pro-

(1) Troplong, n. 261. Delv., p. 425, n. 10. Duranton, n. 261, ce dernier auteur reproche au législateur, mais à tort, d'avoir été inconséquent.

(2) Delv., t. 3. p. 206. n. 7. Dur., n. 147. Troplong, n. 274. Paris, 24 germinal, an 10.

(3) Troplong, n. 276. Rolland, n. 46. Rouen, 8 déc. 1821. Toulouse, 2 juin 1832. Dev. 32, 2, 484. *Voyez*, cep. Merlin, Rép. v° Delai., sect. 1, § 3.

nonçait eu égard aux circonstances (1). C'était là une source de procès et de décisions arbitraires, que le nouveau législateur a voulu tarir, en posant une règle précise : — Peu importe aujourd'hui, que le constituant ait été de bonne foi : la nullité est fondée sur le défaut de risques ; si la chance est illusoire, l'erreur tombe sur une qualité substantielle : l'*alea* manque ; le contrat n'est pas sérieux (2). (*Voyez* art. 1110.)

Nous appliquerons cette décision, non-seulement lorsque la rente est créée sur la tête d'une tierce personne ; mais encore lorsqu'elle est constituée sur la tête du crédi-rentier : On peut dire, il est vrai, que ces mots de l'art. 1975 : *il en est de même*, se réfèrent au cas prévu par l'article précédent, lequel suppose que la rente a été constituée sur la tête d'un tiers; d'où il semble résulter, que la nullité n'est point applicable, lorsque la rente est constituée sur la tête du stipulant : — mais évidemment, le législateur a voulu exprimer que le contrat est nul dans le cas prévu par l'art. 1975, comme dans celui que prévoit l'art. 1974.—Vainement dirait-on, que si le contrat est nul comme rente viagère, il doit valoir comme donation : Libre à toute personne de disposer par donation entre-vifs ou par testament: Les formes solennelles prescrites pour la validité de ces actes, mettent le disposant à l'abri des surprises et ne laissent aucun doute sur sa volonté : mais lorsqu'il aliène à charge de rente viagère, comment admettre qu'il entende faire une libéralité? On doit présumer qu'il se fait illusion sur son état, et qu'il est victime d'un avide spéculateur : L'homme qui se sait au lit de mort fait son testament; il ne fait pas de contrat à titre onéreux.—Nous irons plus loin : l'art. 1975 est dicté précisément, en prévision du cas où la rente serait constituée sur la tête du stipulant, ce qui arrive le plus fréquemment : il a pour but principal de mettre le moribond à l'abri des tentatives de spoliation.

La jurisprudence paraît fixée en ce sens : elle admet que l'art. 1975 est général ; qu'il se lie à l'art. 1974; que le sort de la rente se trouve fixé *à priori*, par une présomption *juris et de jure* (1352) (3).

La constitution de rente serait nulle, dans le cas prévu par notre article, nonobstant toute stipulation contraire ; car il n'est pas au pouvoir des parties, de donner effet à un contrat qui manque de cause (4).

Suffit-il au demandeur de prouver la maladie, pour établir que le décès survenu dans les 20 jours a été la suite de cette maladie? Delvincourt (t. 3, p. 125, n° 8), se prononce pour l'affirmative: C'est

(1) Merlin, Rép. v° rente viagère, n. 3.

(2) Toullier, t. 6, n. 47. Delv., sur l'art. 1975. Troplong, n. 268.

(3) Merlin, Rép. v° rente viagère, n. 3. Dur., n. 149. Delv., p. 206, n. 10. Troplong, n. 263, et suiv. Paris, 9 février 1807. Rouen, 25 janvier 1808. Cass., 19 janvier 1814.

(4) Zach., t. 3. p. 83. Troplong, n. 269. Cass., 15 juillet 1824.

à celui, dit-il, qui soutient la validité de la rente, à prouver que l'individu est mort d'une maladie autre que celle dont-il était atteint (1). — Mais on admet généralement, que le demandeur doit justifier pleinement sa demande; c'est-à-dire, qu'il est tenu d'établir : 1° l'état de maladie au temps du contrat; 2° le décès dans les 20 jours par suite de cette maladie. Le juge a surtout égard au rapport des gens de l'art (2).

Une question grave se présente ici : aux termes de l'article 1322, l'acte sous seing privé fait la même foi que l'acte authentique, entre les parties qui l'ont souscrit et leurs héritiers ou ayants cause, bien qu'il n'ait pas acquis date certaine : Si l'on applique cette règle en matière de rente viagère, il sera toujours facile au constituant d'échapper, au moyen d'une antidate, à la règle de l'article 1975 : par quelle voie les héritiers du rentier pourront-ils, en ce cas, établir la fraude pratiquée à leur préjudice ? Il faut nécessairement admettre, que l'article 1322 ne conserve pas ici son empire absolu ; c'est-à-dire, que les héritiers ont le droit d'établir l'antidate par toutes voies légales; autrement, les articles 1975 et 1322 ne pourraient se concilier. — Remarquons d'ailleurs, qu'ils n'agissent pas comme représentant leur auteur mais en leur nom personnel ; en vertu d'un droit qu'ils tiennent directement de la loi.

S'ensuit-il qu'on doive les considérer comme des tiers, et les admettre à invoquer l'article 1328, lequel porte que les actes sous seing privé n'ont de date vis-à-vis des tiers que par l'enregistrement, ou par certaines circonstances qu'il énumère ? — Delvincourt (t. 3, p. 206, n. 9), se prononce pour l'affirmative : il enseigne que l'acte doit être réputé de plein droit antidaté quand il n'a pas date certaine : Mais c'est là une exagération. Bornons-nous à reconnaître aux héritiers la faculté de démontrer le vice de l'acte. « Ils ne sont tiers, dit Troplong (n° 277), qu'autant qu'il y a antidate, et la preuve de cette antidate doit tout précéder. » — En effet, il est de principe que les héritiers continuent la personne du défunt : Par exception, l'article 1975 détermine un cas où cette règle est inapplicable ; il faut donc l'interpréter restrictivement : or, loin de placer les héritiers sur la même ligne que les tiers, il évite de leur donner cette qualification : leur position est mixte ; l'acte qui n'a pas date certaine ne fait pas pleine foi contre eux : mais bien qu'ils agissent en vertu d'un droit qui leur est propre, cet acte produit son effet à leur égard, à partir de l'époque indiquée, s'ils ne prouvent pas l'antidate (3). — Le demandeur peut établir le

(1) *Voyez* en ce sens : Paris, 13 juillet 1808.

(2) Dur., t. 18, n. 147. Troplong, n. 273. Un arrêt de la cour de Paris, en date du 13 juillet 1808, semble au premier abord consacrer le système de Delvincourt; mais cet arrêt a statué en fait ; il ne peut donc faire jurisprudence.

(3) Merlin, Rép. v° Rente viagère, § 3. Dur., n. 151. t. 18. Troplong, n. 277 et suiv. Cass.

vice de l'acte, par tous moyens de droit, même par témoins, sans commencement de preuve par écrit, puisqu'il n'a pu se procurer une preuve écrite; ce qui rend applicable l'article 1348 (1).

Par application des mêmes principes, il faut admettre que la rente viagère doit être maintenue, s'il résulte des circonstances que le contrat s'est réellement formé à une époque antérieure à celle que lui assigne la date de l'acte; cette date fût-elle certaine (2).

— La donation faite sous la condition que le donataire servira au donateur une rente viagère est-elle valable, si ce dernier est mort dans les vingt jours qui ont suivi le contrat, d'une maladie dont il était atteint? — L'article 1975 a été dicté par des raisons inapplicables aux donations: le législateur a voulu maintenir l'égalité des risques; or, les donations n'ont rien d'aléatoire: c'est l'article 902 qui règle la capacité du donateur: aucun texte ne met le décès du donateur, survenu dans les 20 jours du contrat, au nombre des circonstances qui emportent nullité. —Sans nul doute, le donateur aurait pu se réserver l'usufruit des biens donnés (949) et par identité de motifs, une rente viagère; mais dans l'espèce, en préférant le donataire à ses héritiers, il a usé d'un droit; sa volonté doit faire loi, puisqu'elle n'offre rien de contraire aux dispositions restrictives du code (3). —Au surplus, s'il est établi en fait, que la prétendue donation conditionnelle n'est en réalité qu'un contrat à titre onéreux, il y a lieu d'appliquer l'article 1975.—Jugé, que la donation d'une somme d'argent, faite à la charge par le donataire de servir au donateur une rente calculée sur le taux ordinaire des rentes viagères (10 0|0), a le caractère d'un contrat de rente viagère à titre onéreux et qu'elle est soumise en conséquence à la règle de l'article 1975 (4).

1976 — La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer.

= La rente viagère est aléatoire; le moment qui doit déterminer la perte ou le gain est un mystère impénétrable : la loi ne pouvait dès lors soumettre sa constitution, comme celle de la rente perpétuelle, à un taux légal; il convenait de laisser aux parties, une entière liberté d'appréciation à cet égard : Elles peuvent stipuler que la rente sera servie, par ex., sur le pied de 10, 12, 20 0|0 et même plus.

L'âge, le sexe, la complexion de la personne dont l'existence est envisagée, la valeur courante de l'argent, etc., sont des circonstan-

15 juillet 1824, 19 janvier 1814. 5 avril 1842. Dev.; 1842. 1. 300 et 301. Angers, 18 février 1837. Dev., 1839, 2, 426, 31 janvier 1837. Dev., 1837 1. 533.

(1) Dur., n. 151, t. 18. Zach, t. 3. § 387, p. 83. Cass., 15 juillet 1824. Rouen, 19 mai 1813.

(2) Dall., n. 65. Bordeaux, 16 août 1852. D. p. 56. 2. 19.

(3) Troplong, n. 253 et 267. Rolland, n. 38, v° Rente viagère. Cass. 18 janvier 1836. Dall. 1836, 1. 422 et 423.— Un arrêt de la Cour de Montpellier, du 28 décembre 1832 (Dev., 1833, 2, 315), a déclaré nul, en vertu de l'article 1969, un contrat fait par une personne qui était décédée dans les 20 jours de l'acte, et qui s'était réservé une rente viagère comme charge d'une donation qu'elle avait faite : Cet arrêt est critiqué avec raison par Troplong (n. 267), il a été cassé.

(4) Cass., 10 juillet 1855. D. p. 56, 1, 176.

ces qu'elles ont dû apprécier. — Des tables de proportion établissent avec précision le calcul des probabilités de la vie.

Il est de la nature du contrat de rente viagère, que le taux stipulé excède l'intérêt ordinaire (1): on conçoit, en effet, que s'il n'existait aucune différence, le contrat ne serait en réalité qu'une donation de la nue propriété du capital, sous la réserve de la jouissance pendant le temps fixé (2).

Toutefois, il ne faut pas que la rente viagère serve de voile à l'usure : si ce déguisement était reconnu, les tribunaux pourraient ordonner la réduction de l'intérêt, au taux légal (3).

Que devrait-on décider, si la rente était inférieure au taux de l'intérêt légal? Les tribunaux prononceraient eu égard aux circonstances : Il peut arriver, qu'à l'époque où la rente a été constituée, l'abondance du numéraire n'ait pas permis de faire des placements supérieurs à 3 ou 4 0[0 : on conçoit alors, que le placement à 5 0[0 ait présenté ce caractère aléatoire qui distingue la rente viagère.

— Lorsqu'un immeuble a été vendu moyennant une rente viagère inférieure aux revenus de l'immeuble, le vendeur peut-il demander la rescision pour cause de lésion? — La rente doit être maintenue avec tous ses caractères, si les circonstances démontrent que le contrat est aléatoire : Le vendeur de l'immeuble dirait vainement, que la rente ne représente que l'usufruit et que par ce fait, le constituant acquiert la nue propriété sans prix; c'est-à-dire, à titre gratuit : ce serait là une erreur : la rente vaut plus que l'usufruit : en effet, si l'immeuble périt, il ne faudra pas moins payer les arrérages ; il y a toujours un *alea ;* donc le contrat n'est pas susceptible de rescision pour lésion. — mais que doit-on décider si l'*alea* manque, c'est-à-dire, si le débiteur des arrérages ne court aucun risque sérieux, ou s'il se trouve assuré d'un bénéfice : par ex., si l'immeuble est peu exposé, par sa nature, par sa situation ou par son état, aux détériorations ou si le vendeur de l'immeuble est vieux et infirme?

Première opinion. — Il n'y a pas lieu à rescision pour lésion de plus des 7/12es; mais la rente doit tomber pour défaut ou pour vileté de prix. Il est de l'essence du contrat de rente viagère, qu'il y ait chance de gain ou de perte au moins pour l'une des parties : or, cette chance n'existe pas, lorsque le montant de la rente est inférieur aux revenus ; le contrat manque de base ; l'acte n'est qu'une donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux (4).

Il en est ainsi, non-seulement lorsque la rente est en argent; mais encore

(1) Pothier, n. 219 et suiv. Dur., n. 144 et 155.

(2) Cette disposition, du reste, produirait son effet, sous ce dernier rapport, comme donation, bien que les formes prescrites pour les actes entre-vifs eussent été négligées ; car il est de principe que les donations de deniers *comptés*, ne sont pas soumises aux formes ordinaires des donations : l'observation de ces formes n'aurait d'autre but que celui de procurer au donataire un titre pour faire valoir son droit.

(3) Pothier, n. 234. Dur., n. 153. Rolland, n. 52. Dall., n. 71. Zach. t. 2, § 388. n. 12. Cass., 14 ventôse, an 8. 31 déc. 1833. Dev., 1834, 1, 104. 26 juin 1845. 1,682. Dev., 1845, 1, 834.

(4) Dur., t. 16. n. 100. Favard, v° vente, sect. 1. § 2. n. 8. Duvergier, vente, n. 149. Cass. 2 juillet 1806. Paris, 12 juillet 1808, 25 juillet 1826. Bourges, 10 mai 1826. Poitiers, 23 thermidor, an 11. Angers, 21 février 1828. Cass., 28 décembre 1831. Dev., 1832, 1, 300. Dall. n. 71. Toulouse, 22 novembre 1831. Orléans, 26 mai 1831. Dev., 1831, 2, 200. Poitiers, 9 juin 1840. Pal., 1841, 1, 622. Cass., 23 juin 1841. Pal., 1843, 2, 68.

lorsqu'elle consiste en une obligation de loger, nourrir et entretenir le vendeur (1), ou lorsque le vendeur a stipulé qu'une somme fixe, mais modique, lui sera payée en sus de la rente viagère (2).

Deuxième opinion. Le contrat est inattaquable pour vileté du prix, la lésion fût-elle de plus des 7/12es.— Libre aux parties de constituer une rente viagère à un taux quelconque, puisque le caractère de cette rente est essentiellement aléatoire. — Dès le moment où il existe un prix sérieux, quoiqu'il soit vil, le contrat doit produire son effet. — Si l'on admettait l'action en nullité pour cette cause, on se trouverait jeté dans l'arbitraire ; car celui qui n'aurait pu former une demande en rescision contre la vente qu'il aurait consentie, ne manquerait pas d'en demander la nullité, sous prétexte que la vente serait faite sans aucun prix. —Dira-t-on qu'une vente est sans prix, lorsque l'acquéreur trouve dans la chose même de quoi payer le prix? Mais cela arrive toutes les fois que le prix convenu ne s'élève pas à la moitié de la valeur de la chose.—Il faut donc reconnaître que le prix est sérieux et qu'il remplit le vœu de l'article 1583. — D'ailleurs, l'article 1976 autorise les parties contractantes à constituer les charges viagères au taux qu'il leur plaira de fixer (3).

Troisième opinion. La vente quoique faite moyennant une rente viagère, n'est pas moins soumise à toutes les règles déterminées par les articles 1658, 1674 et 1675, puisque cette rente constitue un prix véritable.—Vainement argumenterait-on des articles 1968 et 1976 combinés : l'article 1968 se borne à dire, que la rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent ou pour une chose appréciable, soit mobilière, soit immobilière : il laisse donc la vente faite moyennant une rente viagère, sous l'empire des règles générales.—Quant à l'article 1976, il ne déroge ni positivement, ni indirectement à ces principes : or, l'article 1674 porte, que la vente peut-être rescindée pour cause de lésion de plus des 7/12es, sans distinguer la nature de ce prix ; qu'il consiste en une somme d'argent, en une rente ou en usufruit, cela importe peu : donc le juge doit autoriser le vendeur à prouver, qu'entre la valeur réelle de la chose et le prix, il y a cette différence excessive qui caractérise la lésion. — La cour de cassation, après avoir été saisie plusieurs fois de la question, s'est prononcée formellement en ce sens par son arrêt du 22 février 1836 (4) : Jusqu'alors, elle n'avait vu dans les débats, ainsi qu'il résulte de divers arrêts en apparence contradictoires (5), que des questions de fait : « Sans doute, dit fort bien Troplong (vente n° 150), la question de savoir s'il y a juste prix est une question de fait subordonnée aux circonstances, aux localités, aux cours actuels ; mais la question de savoir si un prix, quoique vil,

(1) Duvergier, vente, n. 148 et 149, pense que la rente est valable dans le cas où un prix quelconque est stipulé en sus de la rente viagère : en ce sens, Poitiers 10 prairial, an 12 ; —cette distinction est rejetée par la cour de cassation. (Arrêt de 1841 infra.)

(2) Bourges, 10 mai 1826.

(3) Poitiers, 10 prairial an 12. Riom, 26 mai 1826.—Dans l'espèce de ce dernier arrêt, le prix se composait d'une somme fixe jointe à la rente. Cass., 16 avril 1822. Angers, 21 février 1828. Agen, 5 mai 1829, Toulouse, 22 novembre 1831, Dev., 1832, 2, 109.

(4) Cass., 22 février 1836. Dev., 1836, 1, 186. Dall., n 73. Un arrêt de Grenoble, du 18 août 1831, a fait le premier pas dans la voie ou est entrée ensuite la Cour de cassation. Nancy, 2 août 1837 D. p. 38, 2, 220. Dev., 39, 2, 183. Douai, 25 juin 1845. Pal., 1845. 2, 250. Merlin, Rép. v° Lésion, n. 8. Delv., t. 3, p. 205, n. 5. Dur., t. 10, n. 441. Troplong, vente, n. 150, 791. Louage, t. 1er, n. 3. Contrats aléatoires, n. 211, 287 et suiv. Rolland, Rép. v° lésion, n. 19. Zach., t. 2, § 388, n. 2. Favard, Rép. v° Contrats aléatoires, n. 2. Duvergier, continuation de Toullier, vente. t. 2, n. 15. Cass., 23 juin 1841. Dev., 1845, 1, 867. Pal., 1841 2, 225.

(5) Comparez les arrêts du 28 décembre 1831, Dev. 1832, 1, 300. Dall., n. 72. 23 juin 1841, Cass., 1er avril 1829. Ce dernier arrêt décide que la nullité ne peut être prononcée pour vileté de prix, et implicitement, que la rente peut être rescindée pour lésion de plus des 7/12. *Voy.* en outre, Cass., 7 août 1849. D. p. 49, 1, 245, 15 janvier 1850. D. p. 1850, 1, 48.— Plusieurs arrêts ont confondu le prix vil et le prix non sérieux.

est un prix conventionnel, dans le sens de l'article 1591, constitue une question de droit, et non pas une question de fait, alors qu'il n'est pas allégué que les parties ont voulu faire une simulation. »

Au résumé, si les circonstances particulières sont exclusives d'un risque quelconque; si la stipulation ne présente pour l'acheteur aucune chance aléatoire, l'action en rescision pour lésion de plus des 7/12es est admissible dans les délais fixés par la loi. — Mais s'il est démontré que les parties ont entendu faire une convention sérieuse, il n'est pas permis de faire rescinder cette convention, sous prétexte d'une infériorité d'arrérages comparée aux revenus de l'immeuble : Le vendeur peut se trouver lésé sans doute; mais le contrat ne produit pas moins ses effets, si la possibilité d'un risque subsiste pour l'acheteur : « Il ne peut y avoir de règle absolue, disait Portalis, pour régler des choses incertaines; aussi l'action rescisoire a toujours été refusée dans les contrats aléatoires; c'est-à-dire, dans tous les contrats qui dépendent d'un événement futur et incertain (1). »

L'acte peut-il être attaqué, s'il résulte des circonstances de la cause, que l'intention du vendeur a été de gratifier l'acquéreur de la différence entre le produit de l'immeuble et le montant des arrérages stipulée. *Voyez* (art. 843) ce que nous avons dit sur les donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux (2).

SECTION II.

DES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES CONTRACTANTES.

La loi envisage les effets de la rente viagère sous trois points de vue différents :

1° Quant à l'aliénation du capital fourni au constituant (1977 et 1978);

2° Quant aux arrérages que le rentier doit percevoir (1979 et 1981);

3° Quant à l'extinction de la rente (1982 et 1983).

1977 — Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution.

= Cette disposition est relative à la rente viagère constituée moyennant un prix : si la constitution était gratuite, il est évident que le donataire ne gagnerait rien à demander la résiliation.

Le débiteur de la rente viagère est soumis à deux obligations principales; il doit : 1° fournir les sûretés stipulées dans le contrat par le crédi-rentier, telles que cautions, hypothèques, etc.

2° Payer exactement les arrérages. (*Voy.* art. 1978.)

Si le débiteur ne fournit pas les sûretés promises, le créancier a le droit de demander la résiliation du contrat.

Toutefois, le seul défaut de fournir les sûretés, n'emporte pas de plein droit résolution du contrat (sauf, bien entendu, toute stipula-

(1) Exposé des motifs, Fenet, t. 14, p. 546.
(2) Douai, 28 juillet 1846. Pal. 1846, 2. 412.

tion contraire): il faut un jugement.—Le juge peut même, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder au débiteur des délais modérés pour remplir ses engagements (1244) (Pothier, n. 228).

Du principe que la rente subsiste tant qu'un jugement n'en a pas prononcé la résiliation, il résulte : 1° que le constituant peut, pendant l'instance, purger sa demeure, en remplissant les obligations qu'il s'est imposées, ou en rétablissant les sûretés qu'il a diminuées, à charge, comme de raison, de payer les dépens (1); — 2° qu'il conserve le capital, si la rente vient à s'éteindre avant le jugement, par la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée : en effet, l'acquéreur ou ses héritiers n'ont plus d'intérêt, puisque cet événement a entraîné l'extinction du droit viager (2) ;— 3° que si l'affaire est susceptible d'appel, le débiteur peut prévenir les effets de la résiliation, en fournissant les sûretés promises, pendant les délais d'appel et même depuis l'appel, tant que la cour n'a pas prononcé ;—4° que le décès de celui dont l'existence a été prise pour terme de la rente, survenu pendant les mêmes délais, anéantit de plein droit les effets du jugement obtenu par le crédi-rentier (3); —5° que le créancier n'est pas tenu de restituer au débiteur, l'excédant des arrérages sur les intérêts légaux qu'il a touchés pendant l'instance ; car cet excédant est le prix des risques qu'il a courus de perdre la rente par la mort de celui sur la tête de qui elle était constituée (4); — 6° Enfin, que le tribunal ne peut, si ce n'est à titre de dommages-intérêts, condamner le débiteur à payer les arrérages de la rente, au taux convenu, jusqu'au jour du remboursement.

La disposition de l'art. 1977, qui autorise la résiliation, si le constituant ou le débiteur de la rente ne donne pas de sûretés, s'entend uniquement des sûretés stipulées dans le contrat même de constitution : alors seulement on peut dire qu'elles forment une des conditions de ce contrat.

Quand les sûretés promises ont été fournies, on ne peut contraindre le constituant à en fournir de nouvelles, sous prétexte d'in-

(1) Zach., t. 3, p. 86. Troplong. n. 296. Contrats aléatoires, n. 493. Bruxelles, 21 avril 1810.

(2) Pothier, n. 229, Merlin, Rép. v° Rente viagère, n. 4. Dur., t. 18, n. 166. Zach., t. 3, p. 86. Troplong, n. 297. Cass., 5 mars 1819.

(3) Dall., n. 104, 105 et 127, Dur., n. 166. Zach., t. 3, p. 86. Troplong n. 297. Cass., 5 mars 1817.

(4) Pothier, n. 230. Merlin, Rép. v° Rente viagère, n. 801. Troplong, n. 316. Delv., p. 205, n. 3. Zach., p. 86. Dur., t. 18, n. 164. Bruxelles, 25 août 1810. Cass., 22 juin 1825. Paris, 22 février 1837, Pal., 1837. 2. 184. Caen, 16 décembre 1843. Pal., 1841, 1. 707. Dijon, 22 janvier 1847. Pal., 1848, 2, 100. *Voy.* cep. Cass., 23 août 1843. Dev., 1843, 1, 893. Pal., 1843, 2, 577. Cet arrêt, ainsi que le démontre Troplong, repose sur des idées fausses et exagérées en matière de rétroactivité appliquée à la résolution des rentes viagères; il est, notamment, contraire à la règle de l'article 1979.

suffisance de celles stipulées dans le contrat; car il a fait ce qu'il a promis (1).

On doit assimiler à celui qui ne donne pas les sûretés promises, le constituant qui les détruit, ou qui les diminue par son fait, après les avoir données (arg. des art. 1188 et 2131)(2).—Mais si la dépréciation ou la diminution du gage est le résultat d'une force majeure : par ex·, si l'immeuble sur lequel a été consentie l'hypothèque a été détérioré par une inondation, le débiteur n'en est pas responsable, c'était au créancier à stipuler des garanties plus étendues (3).

Il a été jugé, que le débiteur d'une rente viagère diminue les sûretés données par le contrat, lorsqu'il aliène, même en totalité, l'immeuble affecté au service de la rente, sans interdire à l'acquéreur la faculté de rembourser (4) : — c'est là pousser trop loin l'application du principe. — Si la purge s'accomplit, le droit du rentier ne sera-t-il pas conservé, par l'emploi d'une somme suffisante pour assurer le service de la rente? Quel dommage cette aliénation lui cause-t-elle (Troplong, n. 292)?

Mais la résiliation doit être prononcée, en cas de vente d'une partie de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués, si le prix dû par l'acquéreur ne suffit point pour assurer le service de la rente ; car le rentier ne saurait être tenu d'accepter le paiement partiel des arrérages qui lui seront dus (1244) (5).

La règle de notre article reçoit exception, lorsque le débiteur offre au créancier des sûretés équivalentes à celles qu'il a promises, ou lorsqu'il reconstitue celles qu'il a diminuées (6), car le rentier est alors sans intérêts. En matière de rente viagère, on ne doit pas appliquer le droit rigoureux qui résulte de l'article 1912 (7).

— Le crédi-rentier qui obtient la résiliation du contrat, reçoit son capital en

(1) Zach., t. 3, pag. 85. Troplong, n. 296. Dijon, 14 mars 1817. Cass., 18 décembre 1822. Pau, 5 février 1823. Douai, 25 novembre 1833. Dev., 1834, 2, 238.

(2) Dur. n° 163. Troplong, n° 291, Rolland, n. 104. Cass. 9 janvier 1810, 4 mai 1812. Colmar, 25 août 1810. Rennes, 2 juin 1815. Dijon, 14 mars 1817. Riom, 4 août 1818. Bordeaux, 6 juin, 1840. Dall. n. 130.

(3) Zach. t. 3, p. 85. Troplong, n. 295. Cass., 18 février 1822 Pau, 5 février 1823, Douai, 25 décembre 1833. Dev., 1834, 2, 238. Dall., n. 113 et 119. Paris, 21 décembre 1836. Dall., n. 113. Dev., 1837, 2, 427. *Voy.* cep. Cass., 17 mars 1818. Cet arrêt considère la disposition de l'article 2131, d'après laquelle le créancier peut dans le cas de diminution des sûretés provenant même d'un fait de force majeure, ou poursuivre son remboursement dès à présent, ou obtenir un supplément d'hypothèque: comme créant une faculté alternative pour le créancier; mais il est vivement critiqué par les auteurs : tous décident qu'il faut restreindre son application au cas où les diminutions de sûretés proviennent du fait du débiteur: il n's'agit pas seulement de priver le débiteur du bénéfice du terme, mais de prononcer contre lui la résiliation du contrat. Dur., t. 19, n. 380. Troplong, hyp., t. 3, n, 542. Favard. Rép., v° hypothèque, sect. 2 § 3, n. 11. Zach. t. 2, p 86.

(4) Riom. 4 août 1818.

(5) Troplong, n. 293, Colmar, 25 août 1810. Cass., 16 avril 1839. Pal., 1839. 2, 262.

(6) Zach. t. 3, p. 86. Troplong, n. 296. Bruxelles, 21 avril 1810. *Voy.* cep. Dur. n. 162 : Le créancier, dit cet auteur, n'a traité qu'en considération des garanties stipulées.

(7) *Voyez* Fenet, t. 14, p. 553 et 554, discours de M. Siméon au tribunat.

entier : mais le débiteur de la rente peut-il argumenter de l'article 1183, pour retenir ce qu'il a payé en sus de son l'intérêt légal ? — Lui accorder cette faculté, ce serait méconnaître l'esprit de la loi : il est évident que la résiliation ne peut replacer les choses dans leur état primitif, puisque pendant tout le temps que ce contrat a duré, le débiteur a eu pour lui les chances favorables d'extinction. Chaque jour, ces chances se sont reproduites; les arrérages payés en ont été le prix; c'est là un fait réglé; il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'art. 1183;—aussi voyons-nous, qu'en autorisant la demande en résiliation, l'art. 1977 garde le silence sur le remboursement de la fraction des arrérages payés, qui excède le taux ordinaire de l'intérêt. —D'ailleurs, on ne s'écarte pas des principes généraux, en admettant cette décision: les arrérages d'une rente viagère, en effet, ne sont que des fruits civils; or, en cas de résiliation (1681 et 1682) ou d'exercice de réméré (1659), l'acquéreur conserve les fruits (1).

Après le jugement qui a prononcé la résiliation, si le débiteur ne rembourse pas immédiatement le capital, sur quel pied doit-il payer les intérêts? — Conformément au taux légal, puisqu'à partir du jugement, le créancier ne court plus le risque de l'extinction par décès (2).

Ainsi, la convention produit ses effets tant que le contrat existe; mais dès qu'il est anéanti, les contractants retombent sous l'empire du droit commun : l'ancien débiteur de la rente viagère n'est plus qu'un débiteur ordinaire de sommes d'argent; par conséquent, le créancier ne peut prétendre qu'aux intérêts au taux légal (5 0/0).

1978 — Le seul défaut de payement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages.

=Cet article déroge aux principes établis par les art. 1184, 1654 et 1912.

Sous notre ancienne jurisprudence, plusieurs coutumes accordaient au crédi-rentier la faculté de faire résoudre le contrat de rente viagère pour défaut de payement des arrérages, et d'exiger le remboursement du capital fourni : c'était là, une application des principes généraux (1184); mais en matière de constitution de rente viagère, elle entraînait des conséquences iniques. En effet, la valeur des rentes viagères diminue, à mesure que celui sur la tête de qui elles sont créées devient plus âgé ou plus infirme; or, n'était-il pas trop

(1) Pothier, Constitution de rente, n. 230. Dall., n. 128, Merlin, Rép. v° rente viagère. Dur. n. 164. Troplong, n. 298 et suiv., 316. Delv., t. 3, p. 420. Caen, 16 décembre 1843. Dev. 1844 2, 98, Dall., n. 100. Rennes, 14 janvier 1817. Cass. 22 juin 1825, Bruxelles, 10 août 1833. Dev., 1834, 2, 399. Paris, 22 février 1837. Dev., 1837. 2, 291. Poitiers, 13 nivôse an x, 20 novembre 1828. Les rentes sur l'État et leurs arrérages sont insaisissables même pour des créances alimentaires. Paris, 22 janvier 1847. Dall., 1847, 4, 432.

(2) Pothier, n. 230. Delv., p. 205, n. 4. Merlin. Rep. v° rente viagère, n. 4. Colmar, 25 août 1810, et Bordeaux, 6 juin 1840. Dall., n. 130.

rigoureux, de contraindre au remboursement intégral du capital, le débiteur malheureux qui, après avoir exactement payé les arrérages pendant de longues années, se trouvait à la veille de recueillir les avantages que le contrat pouvait lui présenter? On sait d'ailleurs que l'évaluation de ces sortes de droits est toujours difficile et nécessairement arbitraire. — Le nouveau législateur a dû s'écarter ainsi des règles de l'ancien droit, et déroger, pour ce cas spécial, moins grave d'ailleurs que le défaut de fournir les sûretés promises par le contrat (hypothèse prévue par l'article précédent), à la disposition générale de l'article 1184, qui admet la résolution des contrats synallagmatiques lorsque l'une des parties manque à ses engagements: il pose comme règle absolue, que le seul défaut de paiement des arrérages ne suffit point pour fonder une demande en résiliation, sans distinguer si ce fait est le résultat d'une gêne momentanée ou d'une insolvabilité constante (1); si la constitution de rente a eu pour cause l'aliénation d'un immeuble, ou la dation soit d'une somme d'argent, soit d'une chose mobilière (2) : Ce sont là des règles particulières à la rente viagère; on ne saurait s'en écarter, sans contrevenir à la loi.

Du reste, libre au stipulant, de se réserver la faculté de faire résilier le contrat, pour le cas où les arrérages ne seraient pas exactement payés; cette clause n'aurait rien de contraire à l'essence du contrat de rente viagère (3).

On peut valablement stipuler, que la résiliation aura lieu de plein droit après une mise en demeure, ou même sans qu'il soit besoin de mise en demeure, aux époques fixées pour l'exigibilité (4). (Voyez

(1) Cass., 18 décembre 1822.

(2) Pau, 5 février 1823. Douai, 22 juillet 1820, 25 novembre 1833. Dev., 1834, 2, 238.

(3) *Voyez* Discussion au Conseil d'Etat. Fenet, t. 14, p. 525 et 526. Zach., t. 3, p. 86. Troplong, n. 310 et suivants. Rolland, v° rente, n. 72. Favard, contrats aléatoires, art. 1er. — Cass., 26 mars et 19 novembre 1817, 16 juin 1831. Dall., n. 98. Rouen, 27 janvier 1815, Bordeaux, 30 août 1814, 15 juillet 1816. Caen, 16 décembre 1817, 11 mars 1829, 18 février 1835, D. P. p. 35, 2, 62. Toulouse, 2 juin 1832. Dev., 1832, 2, 484, 29 janvier 1838. Dall., n. 98, 99 et suiv., 15 février 1838. Dall., Disp. entre-vifs, n. 1298, Cass., 15 février 1842. Pal., 1842, 2, 133, 23 août 1843. Pal., 1843, 2, 577. Dev., 1843, 2, 892. Paris, 22 février 1837. Dev., 1837, 2, 291 ; Pal., 1837, 2, 184 ; cette Cour avait jugé le contraire le 22 décembre 1812. Caen, 16 décembre 1843. Pal., 1844, 1, 707. Dev., 1844, 2, 97. Rouen, 29 janvier 1838. Pal., 1840, 1, 322.— *Voy.* cep. Dur., t. 16, n. 377, et t. 18, n. 169. Suivant cet auteur, la clause deviendrait de style : mais on peut en dire autant sur le cas de rente constituée: Toutes les clauses peuvent devenir de style. Un arrêt de cassation du 5 mars 1817 a statué dans ce dernier sens ; mais il faut observer, que le contrat avait été passé sous la législation antérieure au code; or, à cette époque, il était de jurisprudence que les clauses commissoires ne s'interprétaient pas à la rigueur ; qu'on devait les considérer comme comminatoires — Le 16 juin 1818, cette cour, adoptant un système tout opposé, a décidé que le contrat de rente devait être résolu, bien qu'il eût été passé sous la législation antérieure au code, s'il contenait un pacte commissoire: nous rejetterons également ce système : les dispositions des lois en vigueur font implicitement partie des conventions; tant qu'elles existent, il faut s'y soumettre : il ne s'agit pas ici d'une voie d'exécution; mais d'un pacte.

(4) Caen, 16 décembre 1843. Dall., n. 100. Dev., 1844, 2, 98. Pal. 1844, 1, 707. Bruxelles 20 novembre 1822. Cass., 27 avril 1840. Toullier, t. 6, n. 510. Merlin, v° Clauses résol., n. 1. Duvergier. Louage, n. 475; Vente, n. 264. Troplong, Louage, t. 2, n. 321; Vente, n. 304..

ce que nous avons dit à cet égard sur les rentes constituées.)

Dans ces deux derniers cas, il faut appliquer au pacte commissoire la règle de l'art. 1656 : le juge ne pourrait accorder de délai au débiteur ; car ce serait méconnaître la loi du contrat (1).

S'il n'existe qu'une simple clause résolutoire, sans pacte commissoire, le juge peut, nonobstant la mise en demeure, accorder au débiteur un délai pour se libérer (2).

Lorsque la rente est stipulée payable d'avance : par ex., par trimestre, le payement est réputé arriéré, si le débiteur ne paye pas avant l'expiration du premier jour de l'exigibilité (1980) ; par conséquent, le bénéfice de la clause résolutoire, stipulé dans cette prévision, est acquis au rentier (3).

Quelles mesures le rentier peut-il prendre pour obtenir l'exécution du contrat ? « Il n'a que le droit, porte notre article, de saisir et de » faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou » consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suf- » fisante pour le service de la rente. » — Cette somme doit être calculée sur la durée probable du droit concédé, eu égard à l'âge, à l'état de santé de celui dont la vie a été considérée, et autres circonstances.

Quelques auteurs enseignent, que le capital doit représenter une somme susceptible de produire à 5 0/0 le montant des arrérages ; qu'une rente de 1,000 fr., par exemple, nécessite le placement d'un capital de 20,000 fr. (4). — Ces auteurs écrivaient à une époque où le taux des rentes sur l'Etat n'avait pas encore été réduit : aujourd'hui, on doit établir le calcul sur le pied du cours des fonds publics.

Le tribunal est appréciateur souverain du mode de placement.

Si le prix des biens ne procure pas la somme nécessaire pour assurer le service de la rente, le rentier devra s'imputer d'avoir suivi trop légèrement la foi du débiteur ; cette circonstance ne suffira point pour l'autoriser à demander la résiliation (5) du contrat.

Le créancier a le droit de saisir-arrêter les sommes dues à son débiteur, jusqu'à concurrence de ses droits : l'art. 1978 comprend dans la généralité de ses termes, la saisie-arrêt comme toutes autres voies d'exécution (6).

Si un ordre s'ouvre sur les biens hypothéqués à la rente, on

(1) Bordeaux, 10 janvier 1839. Pal., 1839, 1, 341.

(2) Toulouse, 29 janvier 1838. Pal. 1840, 2, 322.

(3) Bordeaux, 11 juillet 1832. Favard, v° Prêt, sec. 11, § 2.

(4) Duv, n. 170. Zach. t. 3, p. 86. Troplong, Hyp., t. 4, n. 959. Caen, 7 décembre 1828.

(5) Troplong, n. 319. Pau, 5 février 1823. — Jugé, qu'en pareil cas, on prélève chaque année sur le capital, la somme nécessaire pour parfaire les arrérages stipulés ; de telle sorte que le capital décroissant, les intérêts diminuent chaque année proportionnellement. Bourges, 25 mai 1827. Metz, 15 novembre 1843, Grenoble, 4 décembre 1855. D., p. 56, 2, 278. Jugé en outre par ce dernier arrêt que le créti-rentier doit continuer à toucher intégralement les arrérages et qu'il n'est point soumis à la réduction proportionnelle que subissent en cas de contribution les autres créanciers chirographaires.

(6) Troplong, n. 317. Cass., 16 avril 1839. Dev., 1839, 1, 511. Pal., 1839, 2, 262.

colloque le créancier pour mémoire ; — la somme nécessaire pour produire des intérêts égaux aux arrérages, doit rester entre les mains de l'acquéreur, ou être déposée à la Caisse des consignations suivant les clauses soit de son contrat d'acquisition, soit du cahier des charges.

Les créanciers hypothécaires inscrits après le rentier, sont colloqués à leur rang sur cette somme, pour exercer leurs droits lors de l'extinction de la rente.

Tel est le système admis en jurisprudence (1).—Nous renvoyons au titre des hypothèques, l'examen des questions que la collocation du rentier viager peut faire naître.

Remarquez ces mots : *le seul défaut de payement des arrérages*, etc : ils expriment, que le législateur n'entend pas interdire au créancier, la faculté de demander la résiliation pour d'autres causes; notamment, lorsque le contrat renferme certaines stipulations restées sans exécution :

Jugé, que dans le cas de vente d'immeubles faite moyennant une somme d'argent et le service d'une rente viagère, le défaut de payement de la somme stipulée peut donner lieu à résiliation (2) ;

Que, dans le cas inverse, si la somme a été payée, le vendeur ne peut agir que par expropriation, pour obtenir le payement des arrérages échus et garantir celui des arrérages à échoir (3) ;

Que si le rentier a cédé ses droits à un tiers, moyennant certaines prestations, le cédant peut faire résoudre la cession pour défaut de payement des prestations stipulées (4).

Enfin, il a été jugé, que la vente d'un immeuble, à charge par l'acquéreur de nourrir le vendeur pendant sa vie, est résoluble, si l'acquéreur tombe dans l'impossibilité de remplir ses engagements. La Cour a considéré, que le contrat participait à la fois de la nature de la constitution de rente viagère et de celle du contrat synallagmatique ordinaire; que dès lors, le défaut d'exécution devait autoriser la résiliation (5).

L'art. 1978 suppose que la rente viagère est constituée à titre onéreux : il ne serait point applicable, si la rente formait la condi-

(1) Dur., n. 170. Zach., t. 3, p. 87. Delv. t. 3, p. 419. Paris, 5 juillet 1806. Nîmes, 11 avril 1807. Bourges, 25 mai 1827. Rouen, 18 janvier 1844. Caen, 24 juin 1851. D., p. 1851, 2, 206.—La Cour de Caen est revenue sur sa Jurisprudence; elle avait jugé, le 18 mai 1813, que les créanciers postérieurs, pouvaient faire procéder à l'adjudication au rabais, d'une somme suffisante pour assurer le service de la rente. — Cette décision était une conséquence de la doctrine de Pothier (n. 231. — Suivant cet auteur, la somme devait être versée entre les mains des créanciers postérieurement inscrits, à charge par eux d'en faire emploi, si mieux ils n'aimaient se charger eux-mêmes de servir la rente, en donnant, pour cet effet, bonne et suffisante caution. *Voy.* en ce sens, Troplong, Hyp., t. 4, n. 959. Grenier, Hyp., § 1er, n. 86.

(2) Cass., 20 novembre 1827.

(3) Orléans, 6 février 1835. Dev., 1837, 2, 75. Cass., 13 juin 1837. Dev., 1838, 1, 45. Pal., 1837, 2, 470. Troplong, n. 314.

(4) Bordeaux, 1er août 1834. D., p. 35, 2, 35.

(5) Rennes, 23 novembre 1820 ; *voyez* en outre 2 juin 1815. Dijon, 14 mars 1817.

tion d'une donation entre-vifs : on retomberait alors, nonobstant la généralité des termes de l'art. 1978, sous le coup de l'art. 953, lequel porte, que la donation entre-vifs est révocable pour cause d'inexécution des conditions (1).

Nous verrons, au titre des hypothèques, comment on doit procéder, en cas de vente volontaire ou forcée d'un immeuble hypothéqué au service de la rente.

1979 — Le constituant ne peut se libérer du payement de la rente, en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés ; il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente.

= Le constituant s'est soumis à une prestation annuelle dont la durée peut être plus ou moins longue : il doit subir toutes les conséquences de la longévité de celui dont l'existence a été considérée.

Quelle serait l'autorité de la clause qui réserverait au débiteur le droit de rembourser la rente ? Cette clause produirait son effet ; car elle n'aurait rien de contraire aux lois ni aux mœurs.—Le créancier reprendrait son capital, sans être tenu de restituer les arrérages qu'il aurait touchés jusqu'alors (2).

De son côté, le rentier ne peut exiger le rachat ; car les rentes viagères n'ont point de capital, mais un prix (1978) : sa créance a pour objet unique les arrérages ; ces arrérages forment tout le principal, tout le fonds de la rente viagère (3).

1980 — La rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu.

Néanmoins, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé, est acquis du jour où le payement a dû en être fait.

= Les arrérages de la rente viagère, comme ceux de la rente perpétuelle, sont des fruits civils (584, 588) : dès lors, ils s'acquièrent jour par jour (585).

Le revenu du jour de la mort, n'est pas dû ; la loi ne compte point par heure ; il faut que la dernière heure du jour soit ac-

(1) Troplong, n. 312. Rolland, n. 116. Poitiers, 6 janvier 1837. Dev., 1837, 2, 433. Toulouse, 15 février 1838. Bordeaux, 24 juin 1839. Dall., Disp. entre vifs, n. 1297. Caen, 21 avril 1841. Dev., 1841, 2, 433.

(2) Troplong, n. 324 et suiv.

(3) Merlin, Rep., v° Rente viagère, n. 18. Cass., 2 février 1807.

complie (1) ; la règle *dies inceptus pro impleto habetur*, n'est pas applicable en cette matière (2).

Par exception, lorsqu'il résulte du titre constitutif, que la rente sera payée d'avance, le terme est acquis en entier, si celui sur la tête duquel la rente est constituée, a vécu le premier jour du trimestre ou semestre, suivant les époques fixées pour le payement des arrérages : c'est là une prime que le créancier gagne ; ses héritiers jouissent du même droit.

Toutefois, il faut que le jour fixé pour le payement soit accompli (3) : les arrérages ne sont dès lors exigibles que le lendemain du décès.

La rente, bien que constituée sur la tête d'un tiers, s'éteint par la mort du créancier si elle est alimentaire (Dur., n. 131).

1981 — La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit.

= On a toujours distingué, pour apprécier les droits des créanciers, les rentes viagères constituées à titre onéreux, de celles qui sont constituées à titre gratuit :

Au 1er *cas*, le fonds de la rente viagère peut être saisi, aussi bien que les arrérages (4), nonobstant toutes stipulations contraires : si la rente viagère que l'on achète, pouvait être stipulée insaisissable, il serait facile à un débiteur, de soustraire à ses créanciers une partie de leur gage (2097) (5).

Au 2e *cas*, le testateur ou le donateur peut valablement déclarer que la rente ne pourra être saisie ; car chacun peut mettre à sa libéralité telle condition qu'il juge à propos.— Cette clause, d'ailleurs, ne fait aucun tort aux créanciers, puisque la constitution de rente ne diminue point le patrimoine de leur débiteur (6).

Il n'est pas nécessaire de stipuler l'insaisissabilité, lorsque la rente est créée à titre de pension alimentaire (581 4o Pr.) (7).

Au surplus, l'insaisissabilité n'est point absolue. Il résulte de l'article 582 que le juge peut, en certains cas, autoriser la saisie partielle.

Une rente viagère peut-elle être stipulée incessible ? Appliquez

(1) Zach., t. 3, p. 84. Troplong, n. 335. Proudhon, Usuf., t. 2, n. 910. Toullier, t. 11, n. 290.

(2) Troplong, n. 326. Zach., *ibid.*

(3) Troplong, n. 335. Proudhon, Usuf., t. 2, n. 910. Zach., t. 3, p. 84. Toullier, t. 1, n. 290.

(4) Paris, 2 janvier 1823. Caen, 21 juin 1814. Orléans, 6 août 1841. Dev., 1841, 2, 575.

(5) *Voyez* Fenet, t. 14, p. 547. Dur., n. 179. Troplong, n. 340. Rolland, n. 75. Caen, 21 juin 1814. Paris, 2 janvier 1823. Cass., 1er mars 1843. Dall., n. 90. Rennes, 25 juillet 1840. Dall., Mariage, n. 706. Pal., 1843, 2, 438. Rouen, 29 janvier 1829. Orléans, 6 août 1841. Dev., 1841, 2, 575.

(6) Troplong, n. 347. Cass., 27 juillet 1809. Paris, 29 novembre 1813. Rouen, 29 janvier 1829.

(7) Turin, 3 décembre 1808. Nîmes, 18 décembre 1822.

la distinction établie sur le cas d'insaisissabilité : il y a même raison de décider (1).

Observons que les clauses d'incessibilité et d'insaisissabilité ne frappent que les arrérages à échoir : Ceux qui sont échus peuvent être cédés et saisis (2).

1982 — La rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile (3) du propriétaire; le payement doit en être continué pendant sa vie naturelle.

= Pour fixer la durée de la rente, il faut toujours se conformer à l'intention des parties; or, il est évident qu'elles n'ont pu prévoir le cas de mort civile : la rente doit dès lors être servie jusqu'à la mort naturelle du créancier.

Le payement des arrérages échus depuis la mort civile encourue, doit être fait au mort civilement, lorsque la rente a été donnée ou léguée pour aliments ; car il peut recevoir à ce titre (art. 25) : — il doit être fait à ses héritiers, si la rente n'est pas constituée pour aliments (4).

Toutefois, les héritiers ne pourraient prétendre aucun droit à la rente viagère léguée au mort civilement (arg. des art. 1040 et 1043) ; car évidemment l'intention du testateur n'aurait pas été de les appeler.

Jugé d'après ces principes, que le déporté rendu à la vie civile, peut exiger la continuation du service de la rente constituée sur sa tête, et le payement des arrérages échus pendant le temps de la déportation (5).

Pour connaître la durée de la rente, ce n'est point l'existence du créancier, mais celle de la personne sur la tête de laquelle le droit est constitué, qu'il faut considérer lorsqu'il a été créé sur la tête d'un tiers : par conséquent, si le créancier décède avant ce dernier, les arrérages doivent être payés à ses héritiers.

Quid, si le tiers dispose de sa vie par un suicide ? La rente s'éteint ; c'est là un cas de force majeure dont le créancier doit subir les conséquences.

Quid, si le débiteur lui a donné la mort ? Il y a lieu de déclarer le contrat résolu, par application de l'art. 1184, à compter du jour du décès, même contre les héritiers du débiteur coupable (6).

(1) Troplong, n. 346 et suiv. Rouen, 29 janvier 1829. Cass., 1er mars 1843. Dev., 1843 1, 345.

(2) Rouen, 29 janvier 1829. Dur., t. 18, n. 403.

(3) La mort civile est abolie.

(4) Delv., p. 206, n. 4. Troplong, n. 358 et suiv. Merlin, Rente viagère, n. 14. Prondhon, Usuf., t. 4, n. 1972 et suiv. Zach., t. 3, p. 85. Dur., t. 4, n. 652 et suiv. Malléville, sur l'article 1982.

(5) Paris, 15 floréal an II.

(6) Zach., t. 3, § 896, n. 5. Troplong, n. 353. Pothier, 13 nivose an X. Amiens, 19 septembre 1840. Dev., 43, 2, 4. Paris, 18 janvier 1811. Orléans, 12 août 1848 Dall., n. 178.

Les arrérages dus jusqu'au jour du crime, doivent être intégralement payés, sans diminution.

Les rentes viagères s'éteignent en outre, comme les rentes perpétuelles, par le rachat volontaire de la rente que le créancier a permis qu'on en fît; par la remise; par la novation; par la confusion; enfin, par la prescription trentenaire.

1983 — Le propriétaire d'une rente viagère n'en peut demander les arrérages qu'en justifiant de son existence ou de celle de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée.

— Le créancier doit donc justifier de l'existence de celui sur la tête duquel la rente viagère est constituée.

Cette preuve est laissée à l'appréciation du juge (1).

Jugé qu'elle peut résulter de faits et circonstances (2).

Ordinairement on produit un certificat de vie (3).

RÉSUME ANALYTIQUE DU TITRE XII.

Des contrats aléatoires.

Sommaire. P. 512.

Art. 1964. — Quels sont les principaux contrats aléatoires qui peuvent se former? P. 513.

CHAPITRE I.

Du jeu et du pari.

Sommaire. P. 514.

Art. 1965. — Les dettes de jeu ou celles qui ont pour cause la perte d'un pari, produisent-elles une action? P. 516. *Quid*, si le perdant a souscrit une obligation donnant à l'engagement une autre cause? — *Quid*, s'il a emprunté pour payer ou chargé un tiers de payer pour lui?—*Quid*, si le payement a été fait par un *negotiorum gestor?* Le mandat donné pour jouer confère-t-il une action au mandataire contre le mandant? P. 518.

Art. 1966. — La règle qui refuse une action pour le payement d'une dette de jeu ne souffre-t-elle pas exception en certain cas? — *Quid*, dans ces cas exceptionnels, si le montant de la perte est excessif? P. 519. L'art. 1966 est-il limitatif? P. 520.

(1) Les certificats de vie peuvent être délivrés par les présidents des tribunaux de première instance ou par les maires des chefs-lieux d'arrondissement, pour les personnes qui y sont domiciliées. (Loi des 6-27 mars 1791, art. 11. Cass., 18 juin 1817; 19 novembre 1817.)—*Voy.* sur les attestations à produire par les rentiers-viagers et les pensionnaires de l'Etat, les décrets des 11 et 21 août 1806, 23 septembre 1806 : ces décrets chargent exclusivement les notaires, de la délivrance des certificats de vie. *Voy.* aussi les ordonnances des 30 juin 1814; 20 mai 1818; 26 juillet 1821; 6 juin 1839; 24 janvier 1816; 12 juin 1817 et 20 juin 1817.— Mais observons, que de tels certificats ne font pas preuve lorsqu'il s'agit d'établir entre particuliers l'existence du rentier. *Voy.* Cass., 19 novembre 1817.

(2) Troplong, n. 362. Cass., 18 juin et 19 novembre 1817.

(3) Cass., 19 août 1824. Poitiers, 19 mai 1836.

Art. 1967. — Le perdant peut-il répéter ce qu'il a volontairement payé? P. 520. — *Quid*, s'il a souscrit un billet à ordre? P. 522.

Questions. — Si le perdant a donné un immeuble en payement d'une dette de jeu, peut-il revendiquer cet immeuble? P. 520.

Quid, s'il a désigné une créance au gagnant? P. 522.

Si les enjeux ont été mis sur table ou déposés entre les mains d'un tiers, le perdant peut-il retirer sa mise ou agir en restitution contre le dépositaire? P. 522.

CHAPITRE II.

Du contrat de rente viagère.

Sommaire. P. 523.

SECTION Ire.

Conditions requises pour la validité du contrat.

Art. 1968. — La rente viagère est-elle mobilière ou immobilière? — *Quid*, elle a été constituée pour prix d'un immeuble? P. 526.

Art. 1969. — Comment la rente viagère peut-elle être constituée? P. 527.

Art. 1970 — En cas de constitution purement gratuite, la rente viagère est-elle réductible à la quotité disponible? Comment opère-t-on la réduction? P. 528.

Art. 1971. — Quelle idée exprime-t-on quand on dit que la rente viagère est constituée sur la tête d'une personne? *Quid*, si cette personne est incapable de contracter? P. 529.

Art. 1972. — Peut-on constituer une rente viagère sur plusieurs têtes? P. 529.

Questions. — La rente constituée au profit de plusieurs personnes, s'éteint-elle à la mort de chacune d'elles? P. 529.

Art. 1973. — Peut-on constituer une rente viagère au profit d'un tiers sans rien stipuler pour soi-même, ou sans faire de donation à autrui? P. 530. Cette disposition est-elle soumise aux formalités des donations? Comment concilier, sous ce rapport, les art. 1969 et 1973? Si la libéralité est faite au profit d'un incapable, ou si elle excède la quotité dont le constituant pouvait disposer à titre gratuit, le bénéfice de la nullité ou de la réduction doit-il profiter au débiteur de la rente? P. 531. — *Quid*, en cas de révocation? P. 532.

Questions. — Le stipulant peut-il stipuler valablement qu'il jouira de la rente viagère jusqu'au moment où le tiers aura accepté? P. 532.

Le mari, administrateur de la communauté, peut-il aliéner les biens qui en dépendent, moyennant une rente viagère constituée sur sa tête seule? P. 532.

Quel sera l'effet de cette disposition s'il survit à sa femme? P. 532.

— *Quid*, si les époux se sont fait, pendant le mariage, donation réciproque de l'usufruit de leurs biens meubles? P. 532.

La rente achetée à frais communs par deux personnes sous la condition de réversibilité sans diminution sur la tête du survivant, doit-elle être considérée comme l'objet d'une donation? P. 532.

Quid, dans le même cas, si l'acquisition de la rente a été faite par le mari durant le mariage avec les deniers de la communauté? P. 532.

Lorsque les deux époux sont intervenus au contrat, la rente constituée sur les deux têtes, avec clause de réversibilité pour le tout en faveur du survivant, est-elle valable? P. 534.

Si la femme survivante renonce à la communauté, perd-elle son droit à la rente viagère stipulée réversible sur la tête du survivant? P. 534.

Art. 1974. — Pourquoi la rente viagère constituée sur la tête d'une personne, qui était morte au jour du contrat, est-elle privée d'effet? P. 535. *Quid*, si la rente est créée sur la tête de plusieurs personnes? — *Quid*, si le stipulant sait au moment du contrat, que la personne est morte. Comment concilier la disposition de l'art. 1974 avec celle de l'art. 356 du Code de commerce? P. 535.

Art. 1975. — Quel est le sort de la rente viagère si la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, est morte peu de jours après le contrat? P. 536. — *Quid*, si la rente est créée sur la tête du crédi-rentier? P. 537. Suffit-il au demandeur de prouver la maladie pour établir que le décès survenu dans les vingt jours a été la suite de cette maladie? P. 537. Par quel moyen établir cette preuve? — L'acte sous seing privé qui constate la rente viagère fait-il foi, vis-à-vis des héritiers du rentier? Comment pourront-ils établir la preuve de l'antidate? P. 538.

Questions. — La donation faite sous la condition que la donation servira au donateur une rente viagère est-elle valable, si ce dernier est mort dans les vingt jours du contrat? 539.

Art. 1976. — La rente viagère est-elle soumise à un taux légal? P. 539. — *Quid*, si la rente était inférieure au taux de l'intérêt légal? 540.

Questions. — Lorsqu'un immeuble a été vendu moyennant une rente viagère inférieure aux revenus de l'immeuble, le vendeur peut-il demander la rescision pour lésion? P. 540.

SECTION II.

Des effets du contrat entre les parties contractantes.

Art. 1977. — Si le débiteur ne fournit pas les sûretés promises par le contrat, quels sont les droits du rentier? 542. — La résolution a-t-elle lieu de plein droit? P. 543. Quand les sûretés promises ont été fournies, le constituant peut-il être tenu d'en fournir de nouvelles en cas d'insuffisance de celles qui ont été stipulées? P. 443. — *Quid*, s'il a diminué les sûretés fournies? — *Quid*, si la dépréciation ou la détérioration est le résultat d'une force majeure? Le débiteur est-il censé diminuer les sûretés données par le contrat, lorsqu'il aliène l'immeuble hypothéqué au service de la rente? — *Quid*, si l'aliénation est partielle? — *Quid*, si le débiteur offre des sûretés équivalentes à celles qu'il a promises, ou reconstitue celles qu'il a diminuées? P. 543.

Questions. — En cas de résiliation du contrat de rente viagère, le débiteur peut-il retenir sur le capital qu'il restitue, le montant de ce qu'il a payé en sus de l'intérêt légal? P. 544.

Art. 1978. — Le défaut de payement des arrérages autorise-t-il le rentier à faire résoudre le contrat? P. 545. Pourrait-il du moins se réserver cette faculté? — Peut-il stipuler que la résiliation aura lieu de plein droit? P. 547. — *Quid*, si une condition autre que le payement des arrérages est restée sans exécution? P. 548. Quels sont les droits du rentier? P. 547.

Art. 1979. — Le débiteur d'une rente viagère pourrait-il, comme celui qui est tenu d'une rente perpétuelle, se libérer du payement de la rente en remboursant le capital? — Quelle serait l'autorité de la clause qui lui réservrait cette faculté? P. 549.

Art. 1980. — Dans quelles proportions la rente viagère est-elle acquise au propriétaire? P. 549. Le débiteur de la rente est-il tenu du revenu du jour de la mort? — *Quid*, si la rente est stipulée payable d'avance? P. 550.

Art. 1981. — Les rentes viagères constituées à titre onéreux sont-elles cessibles et saisissables? — *Quid*, si elles sont constituées à titre gratuit? P. 550.

Art. 1982. — La rente viagère s'éteint-elle par la mort civile de celui sur la tête duquel la rente a été constituée? Entre les mains de qui les arrérages doivent-ils, en ce cas, être payés? — *Quid*, si le tiers dont l'existence a été considérée, s'est suicidé? — *Quid*, si le débiteur de la rente lui a donné la mort? P. 551.

Art. 1983. — Le rentier doit-il justifier, pour obtenir le payement des arrérages, de l'existence du tiers sur la tête duquel la rente a été créée? Comment établir cette justification? P. 552.

TITRE XIII.

DU MANDAT.

(Décret du 10 mars 1804; prom. le 20 du même mois.)

Il ne nous est pas toujours possible de vaquer à nos propres affaires : une maladie, une absence ou d'autres empêchements imprévus, nous mettent souvent dans la nécessité de conférer à un tiers le droit d'agir ou de stipuler en notre nom.

Cette transmission de pouvoirs s'appelle *mandat* (1).

Le mandat peut résulter de la loi, d'une décision judiciaire ou d'une convention.

De la loi : par exemple, le père durant le mariage est administrateur légal des biens de ses enfants mineurs (389); les notaires, les avoués, les huissiers, sont mandataires légaux de leurs clients; l'héritier sous bénéfice d'inventaire, est investi par la loi de l'administration des biens de la succession (802).

De la justice: par exemple dans le cas de nomination d'un curateur à succession vacante (811).

D'une convention, lorsqu'elle résulte de l'accord des parties.

Le mandat est un contrat *consensuel*, puisqu'il se forme par le seul consentement : l'écriture n'est requise que pour la preuve. — Il est, par sa nature, de *bienfaisance ;* car il intervient ordinairement pour le seul intérêt du mandant.—Enfin, il est *unilatéral*, car le mandataire seul, s'oblige directement et principalement à l'instant du contrat.— Mais on doit, suivant nos principes, le ranger dans la classe des contrats *unilatéraux imparfaits*; car le mandant peut être tenu *ex post facto*, d'indemniser le mandataire des avances qu'il a faites.

(1) L'expression *mandat* vient des mots *manu dare ;* chez les Romains, celui qui se chargeait de l'affaire, donnait la main à l'autre partie, pour témoigner qu'il s'obligeait à remplir fidèlement sa mission : la main était pour eux *symbolum fidei datæ*.

L'obligation contractée par le mandataire, de se charger de l'affaire et d'en rendre compte, est directe et principale : *obligatio mandati directa;*—celle que contracte le mandant, d'indemniser le mandataire, est indirecte et secondaire : *obligatio mandati contraria.*

Gardons-nous de confondre le mandat, avec l'ordre d'agir, avec la recommandation, ou avec le simple conseil : l'ordre que donne un père à son fils ; la recommandation que fait le propriétaire d'une maison à un architecte, d'aller constater l'état de cette maison ; le conseil donné par un homme d'affaire à son client, ne sont pas des actes qui caractérisent le mandat, puisqu'ils ne créent pas de lien de droit (Pothier, nº 20).

La loi règle, dans le chapitre premier, la nature et la forme du mandat.

Elle détermine, dans les chapitres deux et trois, les obligations qui en résultent.

Elle s'occupe, dans le chapitre quatre, des causes d'extinction.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT.

Le mot *mandat*, a plusieurs acceptions : on l'emploie pour exprimer :

1º Le pouvoir donné par une personne, de faire quelque chose pour elle, et en son nom ; — dans l'usage, ce pouvoir est désigné sous le nom de *procuration* ;

2º L'acte (*instrumentum*) qui constate un pouvoir ;

3º Le contrat qui se forme après acceptation, entre le mandant et la personne chargée du mandat ; c'est-à-dire, le mandataire.

Considéré sous ce dernier rapport, le seul qui doive nous occuper ici, « le mandat est un contrat consensuel et unilatéral imparfait (1), par lequel l'une des parties donne le pouvoir de faire en son nom une ou plusieurs affaires licites, à l'autre partie, qui s'en charge et s'oblige à rendre compte de sa gestion. »

De cette définition il résulte, que dix conditions sont l'essence du mandat ; il faut :

1º Qu'il y ait une *affaire* : en général, toute affaire peut être l'objet d'un mandat : les cas où la personne que l'acte intéresse doit être présente, sont exceptionnels : On donne pour exemple, le mariage (*voyez* en outre les art. 121 et 877 Pr., 75 C. c.).

(1) On ne peut placer le mandat parmi les contrats synallagmatiques ; car son but principal est de charger une personne d'une affaire. La promesse d'un salaire ne change pas le caractère de ce contrat : ce salaire n'est qu'un honoraire, pour un service qui n'a pas de prix : le mandant peut, s'il le désire, révoquer sa procuration, sans être tenu de payer aucune indemnité.

Le mandat est spécial ou général :

Spécial, lorsqu'il a pour objet une affaire ou certains actes déterminés ;

Général, lorsqu'il a pour objet toutes les affaires du mandant, (1987). Par ex., si l'on a employé cette phrase vague : « *Donne pouvoir au mandataire de faire dans mon intérêt tout ce qu'il jugera convenable ;* ou celle-ci : *de faire tous les actes que je pourrais faire moi-même.* »

Les pouvoirs du mandataire spécial, sont limités aux actes dont il s'agit.

Ceux du mandataire général ne comprennent que les actes d'administration, quelque larges qu'ils soient.

Pour tous autres actes il faut un mandat spécial.

Le mandataire est considéré comme *negotiorum gestor* pour tout ce qu'il a fait au delà de ses pouvoirs (1), ou lorsqu'il continue de gérer bien qu'il ait été révoqué (2).

En conférant un mandat général, on peut valablement donner des pouvoirs spéciaux ; il n'est pas nécessaire de représenter un acte séparé pour chaque opération qui dépasse les limites de l'administration.

Un mandat spécial peut être conçu en termes généraux ; ainsi, le mandat général d'accepter toutes les successions, ou de consentir des hypothèques sur tous les biens qui pourront échoir au mandant, conserve son caractère de spécialité (3).

L'affaire ne doit pas être consommée ; autrement, le mandat serait inutile (4).

Pothier (n° 6) donne l'exemple suivant : Je vous charge de prêter à Pierre 1,000 fr. dont il a besoin pour entreprendre une opération déterminée, ignorant que déjà vous lui avez compté cette somme dans le même but ; mon mandat est sans objet : vous ne pourriez le rattacher à l'ordre tardif que je vous ai donné, qu'en me considérant comme caution de l'emprunteur ; or, le pouvoir que je vous ai donné n'a point ce caractère.

Elle doit être déterminée, ou au moins susceptible de l'être par les circonstances : par ex., si je charge une personne de m'acheter *quelque chose*, sans autre indication, le mandat est nul.—Mais il n'est pas nécessaire que le mandant exprime ce qu'il veut qu'on lui achète, lorsque le mandataire a pu connaître cette volonté par quelque circonstance ; par ex. : si un marchand qui a coutume d'acheter tous les ans à un fabricant une certaine quantité de marchandises, charge un de ses confrères de faire ses *emplettes*, le man-

(1) Pothier, n. 157. Rolland, n. 12. Dur., n. 646. Troplong, n. 74.

(2) Pothier, n. 182. Troplong, n. 75 et suiv.

(3) Pothier, n. 161. Troplong, n. 277. Merlin, v° Procuration, § 2. Dall., n. 82 et 103.

(4) Il est bien entendu, que cela ne priverait pas le mandataire du droit d'exiger le remboursement des avances qu'il aurait faites dans l'ignorance de la consommation de l'affaire.

dat est valable ; car il doit nécessairement s'entendre de ce que le mandant a coutume d'acheter. — Si je charge quelqu'un d'acheter pour moi des jouets d'enfants, sans les déterminer, le mandat est également valable ; car il a pour objet l'achat d'une certaine espèce de choses dont j'ai laissé le choix au mandataire (Pothier, nº 9).

Il n'est pas nécessaire que le mandant ait fixé un prix.

2º Il faut que l'affaire soit susceptible d'être l'objet d'un mandat; par exemple, on ne peut ni tester ni se marier par procuration (1).

3º Il faut que l'affaire soit de nature à ce que le mandant puisse être censé la faire lui-même, par le ministère de son mandataire, au moment où le mandat recevra son exécution : *qui mandat, ipse fecisse videtur*. Le mandataire, en effet, représente le mandant à l'effet de l'obliger envers les tiers, et d'obliger les tiers envers lui (2).

Ainsi, je ne puis donner mandat à un tiers d'acheter une chose dont je suis déjà propriétaire, *quia rei suæ emptio non valet*. — Si le mandataire achète de bonne foi cette chose avec ses propres deniers, il aura une action en répétition contre le mandant ; sauf ensuite le recours de ce dernier contre le tiers vendeur (3).

Ainsi, le tuteur ne peut se rendre adjudicataire des biens de son mineur : s'il donne à quelqu'un mandat d'en faire l'acquisition, le mandat est nul, en ce sens que le mandataire pourra, sans s'exposer à des dommages-intérêts, se dispenser de l'exécuter (4).

Si le mandat a été exécuté, le mandant peut en demander compte au mandataire. Il y a, dit Pothier (n. 11), une différence à faire entre les choses que la loi défend absolument comme mauvaises ; tel qu'un commerce de contrebande, et celles que la loi ne défend que pour éviter les fraudes et en faveur seulement de certaines personnes, telles que la défense au tuteur d'acheter les biens du mineur. Dans le premier cas, le mandat est frappé du nullité absolue; mais dans le deuxième, la personne que la loi entend protéger est seule admise à se plaindre : tant qu'elle garde le silence, le mandataire n'a point de raison pour invoquer la nullité. — Bien moins encore le mandant pourrait-il se prévaloir du vice de l'acte pour se dispenser d'indemniser le mandataire de ses débours.

Rien ne s'oppose à ce que la personne qui ne peut faire certains actes pour son propre compte, reçoive mandat de faire ces actes au nom et pour le compte d'un tiers (5) ; par ex., je puis charger le proprié-

(1) Rolland, Mandat, nº 41. Bastia, 2 avril 1849. D. p. 49., 3, 80.

(2) Cette proposition, prise dans un sens absolue, serait inexact, dans certains cas : par ex., les avoués et les huissiers ont seuls qualité pour faire les actes de leur ministère.

(3) Pothier, n. 10. Dur., n. 205.

(4) Mais en cas d'exécution, le mandataire ne devra pas moins rendre compte; comme de son côté, le mandant sera tenu de le rendre indemne.

(5) Pothier, n. 10. Dur., t. 18, n. 207.

taire d'une chose qu'on licite, de se rendre adjudicataire pour moi.

On peut agir en justice par un mandataire ; mais ce mandataire, malgré sa constitution légale et la volonté même la mieux exprimée de son mandant, ne peut substituer son action à celle de ce dernier : il faut toujours que les parties agissent ou se défendent *en leur nom personnel*, et que les jugements soient rendus nominativement en leur faveur ou contre elles.

En effet, cet ancien principe du droit français : *Nul en France, excepté le roi, ne peut plaider par procureur*, n'est point tombé en désuétude, puisque la loi du 8 octobre 1814 a cru nécessaire de reproduire, en faveur du roi, l'exception portée à la règle générale, en disposant, dans son art. 14, que le roi agirait et serait actionné au nom du ministre de sa maison. — Cette règle n'a été abrogée ni par la charte de 1830 ni par la constitution de 1852 (1).

Observons, que la maxime ne s'applique point au mandat légal ; mais uniquement au mandat conventionnel : ainsi, les faillites et les sociétés en liquidation figurent dans les actes et en justice sous le nom des syndics et des liquidateurs (2).

La nullité résultant de la contravention à cette maxime n'est point d'ordre public : il ne s'agit, en effet, que d'un intérêt privé ; libre aux parties intéressées de renoncer à leur droit (3).

3° Il faut que l'affaire soit de nature à pouvoir être faite par le mandataire.

Par ex., je ne pourrais donner mandat à un mort civilement, de me représenter en justice (art. 25); à un tuteur, d'acheter pour moi les biens de son mineur (1596).

Mais si je charge de faire quelque chose, une personne qui n'a pas l'habileté ou l'industrie nécessaire, le mandat ne sera pas moins valable ; car j'ai dû croire que le mandataire avait la capacité d'accomplir ce dont il se chargeait : or, il suffit, pour la validité du mandat, que le mandant ait pu raisonnablement penser (4) que le mandataire avait ce pouvoir.

Le mandat donné à une personne d'acheter sa propre chose serait considéré comme dérisoire : *suæ rei emptio non valet*. — Mais que devrait-on décider si le mandant et le mandataire avaient été fondés à croire, au moment où le contrat de mandat s'est formé, que la chose appartenait à autrui ? Le mandant n'aurait point d'action contre le mandataire pour l'obliger à livrer la chose.

(1) Troplong, Préface du Mandat, p. 7. Dall., n. 46. Nîmes, 23 décembre 1830. Nancy, 18 mai 1829. Bruxelles, 15 octobre 1819. Cass., 11 novembre 1829.

(2) Il a même été jugé, que le consignataire d'un bâtiment ou de sa cargaison peut assigner en son propre nom, dans l'intérêt de ses commettants et sans faire connaître leurs noms. Rennes, 9 juin 1817.

(3) Cass., 20 avril 1813, 6 avril 1831, 9 juin 1841. Dall., Action, n. 283. Mandat, n. 50.

(4) Pothier, n. 12 et suiv. Dur., n. 194.

Quant au mandataire, s'il a payé le prix avec ses propres deniers, une action en répétition lui est ouverte contre le vendeur; mais nous ne pensons pas qu'il puisse agir contre le mandant; car il a compté ce prix en exécution d'un contrat nul. — D'ailleurs, il devait savoir que la chose ne pouvait être l'objet d'un mandat ; il y a eu faute de sa part (1). — S'il a livré la chose au mandant, il peut la revendiquer et agir contre le tiers vendeur en restitution du prix. — Si le payement a été fait avec les deniers du mandant, ce dernier ne peut exercer l'action en répétition contre le mandataire ; mais seulement contre le tiers vendeur.

Je puis valablement donner à l'un des copropriétaires d'une chose, mandat d'acheter pour moi cette chose soit en adjudication, soit en traitant de gré à gré : sans doute, il y a vente par rapport à la part du mandataire; mais il y a mandat, par rapport à celle des copropriétaires (2). — Une expertise sera nécessaire pour déterminer la valeur de chaque part, à moins qu'elles n'aient été l'objet de contrats séparés.

De même qu'on ne peut donner valablement à une personne mandat *d'acheter* sa propre chose; de même, on ne peut lui donner mandat de la *vendre* : si cette chose avait été livrée par erreur, le mandataire pourrait la revendiquer, en supposant, bien entendu, qu'elle fût immobilière. — S'il s'agissait d'un meuble, l'acheteur mis en possession, serait protégé par la maxime de l'art. 2279 : *en fait de meubles possession vaut titre*; sauf le recours du mandataire contre le mandant (Dur., n. 211).

4° L'affaire ne doit pas concerner le seul intérêt du mandataire ; autrement, ce serait un simple conseil : le mandat, en effet, renferme l'obligation tacite de rendre compte.

Mais le mandat peut être valablement donné dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers : par ex., je puis charger une personne, de prêter de l'argent à un tiers ; — dans l'intérêt du mandant et du mandataire : par ex., je puis vous donner mandat de réparer une maison que vous devez habiter ; — enfin, dans l'intérêt tout à la fois du mandant, d'un tiers et du mandataire : par ex., je puis charger une personne de prêter à intérêt une somme d'argent, à un tiers qui doit employer cette somme à mon profit.

Le mandat donné exclusivement dans l'intérêt d'un tiers est-il valable? Par ex., si Pierre est parti, sans charger personne de ses affaires, puis-je vous donner mandat de faire sa récolte? D'une part, on fait le raisonnement suivant : l'obligation du mandataire ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts; or, quels dommages cette inexécution me causera-t-elle, puisque je n'ai aucun intérêt?

(1) Dur., n. 194. *Voy.* cep. Dalloz, n. 39.
(2) Pothier, n. 14. Dur., 209.

Mais ce système est trop absolu : nul doute que le contrat devient valable, lorsque le mandataire a exécuté le mandat, et cela pour deux raisons :— 1° Le mandataire n'avait point à rechercher si l'affaire concernait ou non le mandant; — 2° Le mandant s'est rendu volontairement comptable envers le tiers dont il a géré l'affaire; il a dès lors, intérêt à ce que le mandat soit bien et fidèlement exécuté: cet intérêt suffit, pour qu'il puisse demander compte à son mandataire (1).

Si le mandataire n'exécute pas convenablement le mandat, le mandant pourra donc le poursuivre en dommages-intérêts; mais le bénéfice de la condamnation ne sera pas pour lui ; il profitera au tiers dans l'intérêt duquel le mandat a été donné.

Comme les actes de gestion utilement faits, sont censés émaner de la personne dans l'intérêt de laquelle ils ont eu lieu, le maître aura lui-même le droit d'agir contre le mandataire par l'action directe du mandat, et réciproquement, ce dernier pourra exercer contre le maître l'action contraire (1994).

Les Romains admettaient que l'on pouvait être *procurator in rem suam* : ils désignaient sous cette dénomination, les cessionnaires d'actions, qui procédaient au nom et à la place du cédant, dans leur propre intérêt. — Ces sortes de mandats sont également valables dans notre droit français : ils n'ont rien de contraire à la règle qui interdit de donner mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire, puisqu'ils prennent leur origine dans le droit du mandant: Telle est notamment la position de l'envoyé en possessession provisoire des biens d'un absent (2).

5° Le mandant et le mandataire doivent avoir la volonté de s'obliger l'un envers l'autre ; le contrat se forme par ce concours de volontés (Pothier, n. 20).

6° Le mandat doit être conféré dans la forme voulue pour que le mandataire puisse exécuter l'acte qui en est l'objet : Par ex., dans les matières pour lesquelles on exige une procuration par écrit, un mandat purement verbal est insuffisant (3).

Mais en principe, le mandat peut être donné sous seing privé, à moins que la loi n'ait formellement prescrit un acte authentique.

7° Il doit avoir pour objet une chose licite : *rei turpis nullum mandatum est, et ideò hác actione non agetur*; c'est là une règle commune à tous les contrats (1107, 1108, 31). — La première loi de l'amitié, est de n'exiger de nos amis, et de ne faire pour eux, que ce que l'honneur peut avouer (4).

(1) Pothier, n. 17. Troplong, n. 36. Orléans, 28 mars 1847. Pal., 1847, 1, 505. D. p. 47 327.

(2) Troplong, n. 37.

(3) L. 6, § 3, ff. *Mandati*.

(4) Pothier, n. 7. Dur., n. 192. Troplong, n. 30. Rouen, 12 décembre 1087. — La Cour de cassation a même été plus loin : elle a jugé que si l'objet principal du mandat est illicite

Une personne me charge de commettre un vol ou tout autre délit; d'introduire des marchandises par contrebande; de remettre des biens à des établissements incapables de recevoir; de me livrer à des opérations de bourses prohibées; de faire la traite des noirs: il ne résultera de ces actes aucune des obligations qui dérivent du mandat (1), ni du côté du mandataire, ni du côté du mandant.

Nous supposons que le mandataire a été de mauvaise foi en acceptant le mandat; c'est-à-dire, qu'il a connu le caractère illicite de l'acte; qu'il s'est rendu complice du mandant: s'il prouvait sa bonne foi, l'action *mandati contraria* lui appartiendrait (2).

8° Le mandant doit avoir la capacité de conférer un mandat: pour l'apprécier, ce n'est point au jour où le mandataire exécute son mandat qu'il faut se reporter; mais au jour où la procuration est acceptée.

Jugé, que la vente faite par le tuteur, en vertu d'une procuration que lui a donnée le mineur est nulle, encore qu'elle n'ait eu lieu que depuis la majorité du mandant (3).

Toutefois, l'incapable seul peut se prévaloir de la nullité du mandat; la nullité est relative (1125).

La capacité se détermine, d'après la nature de l'affaire qui forme l'objet du mandat: s'il s'agit d'un acte d'administration, le mandat peut être conféré par toute personne qui a l'administration de ses biens; (Rolland, n. 22). — S'il s'agit d'un acte de disposition, le mandant doit être capable d'aliéner.

Mais le mandat peut être valablement conféré à une personne qui n'a pas l'administration de ses biens (1990); ce qu'il faut entendre en ce sens, que le mandant se trouvera lié par le mandat, tandis que le mandataire incapable pourra opposer son incapacité, s'il est recherché soit en reddition de compte, soit pour inexécution du mandat; sauf au mandant à le poursuivre *de in rem verso*, s'il y a lieu.

9° Le mandataire doit gérer gratuitement; car le mandat est un office de l'amitié: cependant, il peut recevoir une indemnité pour ses peines et soins (1986): La gratuité n'est donc pas de l'essence, mais de la nature du mandat (1993).

10° Enfin, il doit être tenu de rendre compte.

Le mandat peut en général être conféré soit expressément, soit tacitement; il peut être donné pour un certain temps, ou pour

toute action en reddition de compte, est refusée à l'égard des articles qui n'ont point de rapport direct avec ce mandat, que le principal emporte en ce cas l'accessoire. Cass. 7 novembre 1832. Dall., n. 33.

(1) Pothier, n. 7 et 8. Troplong, n. 7. 30 et suiv. Dur., n. 192. Turin, 12 cembre 1807. Cass. 7 novembre 1832.

(2) Pothier, n. 7 et 8. Troplong, n. 30 et suiv. Favard, § 1er, n. 4. Cass., 26 février 4845. Pal., 1845, 1, 463. Dev., 1845, 1, 161.

(3) Cass., 2 nivôse an v. Dall., n. 58.

commencer après un certain temps ; sous une condition soit suspensive, soit résolutoire ; pour une ou plusieurs affaires.

On peut charger de ses affaires, ou même d'une seule affaire, une ou plusieurs personnes ; on peut les en charger, soit pour gérer conjointement, soit pour que l'une puisse gérer au défaut de l'autre.

Le mandat se présente sous des formes et sous des combinaisons qui varient à l'infini ; il existe dans toutes les fonctions d'administrateur et dans certains contrats, notamment, en matière de cautionnement.

Le caractère et les principaux effets du mandat, abstraction faite des diverses nuances qu'il peut avoir et des formes diverses qu'il peut revêtir, doivent seuls nous occuper ici.

Gardons-nous de confondre le mandat et le quasi-contrat de gestion d'affaires : Le mandat suppose un concours simultané de volontés ; le consentement de l'une et l'autre partie. — Dans la gestion d'affaires, les obligations réciproques imposées au maître et au gérant dérivent uniquement de la loi (1370, *voyez* notre t. 4, p. 75).

La gestion d'affaires, disons-nous, a lieu lorsqu'il n'est pas intervenu de mandat : par conséquent, on doit considérer comme *negotiorum gestor*, celui qui se place en dehors du mandat qu'il a reçu et celui qui continue de gérer, bien que son mandat ait été révoqué. — (*Voyez* cependant, p. 569, ce que nous dirons sur le mandat tacite).

Une action récursoire est accordée contre le maître, même à la personne qui a géré malgré la défense formelle de ce dernier; car la loi (art. 1375) ne distingue pas entre la gestion soufferte, la gestion ignorée, et la gestion défendue : tous les gérants doivent, sous ce rapport, être placés sur la même ligne : on ne voit pas à quel titre, en effet, le maître s'enrichirait, sans indemniser les tiers qui lui ont procuré ces bénéfices (*Voyez* art. 1375, t. 4, quest.).

Toutefois, la distinction suivante, admise par Troplong (n. 81 et suiv.), nous paraît fondée en droit et en équité : « Si la prohibition du maître est un acte d'imprudence et de mauvaise humeur, ou le fruit d'une volonté irréfléchie, on doit se montrer facile envers celui qui a été assez serviable pour la braver. » — Par ex., Pierre s'obstine à ne pas payer une dette dont il est évidemment tenu ; nul doute que Paul aura contre lui l'action *de in rem verso*, s'il a bénévolement payé cette dette malgré la défense qui lui en a été faite par le débiteur. — Une personne s'est immiscée imprudemment dans une affaire qui ne la regardait en rien, malgré la prohibition du maître : elle devra supporter sans recours les conséquences de la gestion, si ce dernier établit qu'il avait de bonnes raisons pour abandonner l'affaire. — Il s'agit, par conséquent, d'un point de fait abandonné à l'appréciation des tribunaux.

1984 — Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom (1).

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.

= Dans son 1er *alinéa*, notre article définit la procuration, c'est-à-dire, le fait de conférer les pouvoirs.—Le contrat ne se forme que par l'acceptation : une fois le contrat formé, le mandataire n'a plus la liberté de se dégager.

Nous supposons, bien entendu, que la personne chargée des intérêts du mandant a entendu agir *procuratorio nomine :* Il faut, en effet, se garder de confondre l'acceptation, soit avec les services que la bienveillance peut porter à rendre, soit avec de simples conseils, fussent-ils salariés : l'homme d'affaires qui se trompe dans une consultation qu'il est appelé à donner, n'engage pas sa responsabilité s'il n'a point usé de fraude : d'ailleurs, libre à son client de ne pas suivre cet avis (2): *consilio non fraudulente nulla est obligatio.*

D'un autre côté, il peut arriver qu'une personne entende uniquement conférer à une autre la faculté d'agir, ou lui donner un avertissement, sans vouloir pour cela constituer un mandataire.

Ces nuances sont quelquefois difficiles à saisir ; le juge appelé à les apprécier, se détermine alors par les circonstances ; il a égard à la qualité des personnes, à leurs lumières et à leur position.

Le contrat de mandat doit principalement nous occuper.

— Nous avons vu, que le mandat peut être donné pour l'avantage d'un tiers seulement: comment concilier cette décision, avec le principe qu'il n'y a pas d'action sans intérêt?—En disant que le mandat est un acte par lequel une personne donne pouvoir à une autre de faire quelque chose pour le mandant, le Code civil paraît considérer le mandat dont il s'agit comme n'étant pas obligatoire, à moins qu'il ne résulte des circonstances, que le mandant avait réellement intérêt à ce que le contrat fût exécuté (Dur., n. 201).

1985 — Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement ; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.*

L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et

(1) Définition vague ; elle n'indique pas les caractères propres et distinctifs du mandat.

(2) Troplong, n. 16 et suiv. Cass. 22 décembre 1840. Dev., 1841, 1, 39. Paris, 17 novembre 1834. Dall., 1835. 2, 15. Toulouse, 30 mai 1829. Paris, 22 mai 1832. Dev., 1832, 2, 419; 16 août 1832. Dev., 1832, 2, 459 ; 16 août 1838. Dev., 1832, 2, 567 ; 26 janvier 1833. Dev., 1833 2, 157 : 18 février 1842. Dev., 1842, 2, 294. Cass. 19 mars 1845. Douai, 22 décembre 1840. Dev., 1841, 2, 139 ; 14 décembre 1841. Dev., 1842, 1, 143. Cass. 3 septembre 1835. Dev., 1836, 1, 145 et 146.

résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.

= Le mandat se compose de deux éléments: 1° la procuration ou le pouvoir d'agir; 2° l'acceptation.— Dans sa première partie, notre article s'occupe de la procuration; dans la deuxième, il détermine le moment où se forme le contrat.

Occupons-nous d'abord du mandat, c'est-à-dire, de la procuration.

La procuration peut être donnée soit par *acte public*, soit par *acte privé*, soit *verbalement*, soit même *tacitement*, ainsi que nous l'établirons.

Les cas où la procuration doit être donnée par acte authentique sont déterminés per la loi: en dehors de ces cas, toute déclaration par laquelle une personne manifeste la volonté de conférer un pouvoir, produit ses effets, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard aux termes dont elle s'est servi: qu'elle ait employé la forme d'un ordre, d'une prière ou d'un désir, cela importe peu, pourvuqu'il n'y ait aucun doute sur sa pensée (Pothier, n. 30).

Jugé, que le mandat peut être donné sous seing privé, même à l'effet de vendre un immeuble (1).

La procuration authentique, c'est-à-dire par acte notarié, peut être donnée en minute ou en *brevet*: — en minute, lorsque le notaire se borne à délivrer une copie de l'acte, la minute restant dans ses archives.—Les cas où le notaire doit conserver minute de la procuration, sont exceptionnels (*V.* par ex. art. 36 et 933);—en *brevet*, lorsque l'original est remis à la partie: il ne reste alors de trace du mandat conféré, que sur le répertoire du notaire (2).

Lorsque la procuration est délivrée en brevet, le nom du mandataire est souvent laissé en blanc: Le mandataire remplit ce blanc, au moment où il fait usage du pouvoir.

Les procurations en brevet doivent être annexées par les notaires aux actes passés devant eux (3).

Le mandat sous seing privé, peut-être donné dans telle forme qu'il plait au mandant: il peut résulter même d'une lettre missive (4). — La loi n'exige ni l'enregistrement (5) ni même la légalisation.

L'acte sous seing privé, lorsque les parties jugent convenable d'en dresser un, n'est pas assujetti à la formalité du double original, puisqu'il a pour unique objet de conférer au mandataire le

1. Cass. 6 février 1837. Dev., 1837, 1, 201. Dall., n. 155 et 446.

(2) Loi du 25 ventôse an XI. Ce dernier mode est particulièrement employé pour les procurations spéciales.

(3) Loi du 25 ventôse an XI, art. 13.

(4) Caen, 10 août 1825. Cass. 8 août 1847. D., p. 47, 1, 300. Cass. 6 février 1837. Dev., *ib.*; Dall., *ibid.*

(5) Cass. 18 janvier 1837. Dall., v° Cassation, n. 290. Pal., 1837, 9, 297.

pouvoir d'agir.—Peu, importerait que ce dernier fût intervenu à l'acte pour stipuler un salaire : cette circonstance ne saurait changer la nature du mandat, ni le convertir, de contrat unilatéral imparfait, en contrat synallagmatique (1): Les obligations du mandant résulteraient en ce cas d'un fait postérieur au mandat.

Le mandat peut être donné *verbalement*; ajoutons même *par gestes;* car les gestes sont souvent plus expressifs que les paroles (2).

Mais comment établir la preuve que le mandat a été donné verbalement ou par gestes? Il faut nécessairement, à défaut de dispositions spéciales, appliquer les règles tracées au titre des contrats ou des obligations conventionnelles, ainsi que le déclare formellement l'art. 1985.

En conséquence, nous distinguerons: entre le mandant et le mandataire, la preuve du mandat peut être établie par témoins, sans commencement de preuve par écrit, quand il s'agit d'une valeur qui n'excède pas 150 fr.: au delà de cette somme, il faut un commencement de preuve; à moins qu'on ne se trouve dans un des cas exceptionnels prévus par l'art. 1348 (3).—En matière commerciale, on peut faire entendre des témoins sans commencement de preuve par écrit; même lorsqu'il s'agit d'une valeur au - dessus de 150 fr. (4).

A défaut d'écrit, il ne reste aux parties d'autre ressource que la délation du serment ou l'interrogatoire sur faits et articles (1360 C. civ., 324 Pr.).

L'art. 1985 ne parle que du mandat exprès donné soit par un acte, soit verbalement : s'ensuit-il que les mandats *tacites* soient exclus de nos lois? en d'autres termes, que le mandat ne puisse résulter de faits, circonstances et agisements? Les Romains n'hésitaient pas à donner au mandat tacite la même force qu'au mandat exprès (5); Tous nos anciens auteurs admettaient cette doctrine (6); *Quid interest*, disait Favre, *an verbis an facto, voluntatem tuam declarasses, aut verbis, aut re: mandatum contrahitur*. « Toutes les fois que je fais, dit Pothier (traité du mandat, n. 29), au vu et su de quelqu'un, quelqu'une de ses affaires, il est censé, par cela seul, intervenir un contrat de mandat par lequel il me charge de cette affaire : cela est conforme à cette règle de droit : *Semper qui non prohibet aliquem pro se in-*

(1) Dur., t. 18, n. 216. Troplong, 105 et suiv. Troplong, n. 108.

(2) Cass. 23 mars 1831. Dall., n. 157.

(3) Troplong, n. 142. Douai, 18 et 25 juillet 1843. Dall., n. 161. Cass. 22 mai 1827. Dall., n. 158. Poitiers, 22 juillet 1851. D., p. 52, 290.— Jugé qu'une procuration en blanc peut être considérée comme un commencement de preuve par écrit de l'existence du mandat. Cass. 4 août 1835. Dall., 162.

(4) Troplong, n. 142. Cass., 10 septembre 1848. D. p. 49 122. Pal., 1849, 1, 68.

(5) L. 6, § 18 et 53, ff *mandati*. L. 60, ff de Régul. Jur., L. 16, ff *ad fin. mand.*, L. 63, ff *de re judicati*.

(6) Favre, Cod., L. 4. t. 26. Def. 6. Pothier, n. 29. Merlin, Quest., v° Compte-courant, § 1er, p. 455.

tervenire, mandare creditur. » — Ainsi, lorsqu'une personne laissait commencer et poursuivre par une autre, un acte qui la concernait, et que, pouvant s'y opposer, elle gardait le silence, un mandat tacite se formait. (1)

Que doit-on décider sous l'empire du Code? Plusieurs auteurs enseignent, que les art. 1985 et 1372 abrogent les règles de notre ancienne jurisprudence sur ce point : dans sa disposition finale, dit Toullier (t. 11, n. 25 et 26), l'art. 1985 porte bien que l'acceptation peut être tacite; mais le premier alinéa garde le silence à cet égard en ce qui touche la procuration; donc, le législateur n'entend admettre que des manifestations expresses. — D'un autre côté, le mandat tacite est réduit, par l'art. 1372, au quasi-contrat de gestion d'affaires (2) :

La jurisprudence proscrit avec raison ce système : on ne trouve, sous l'empire du Code, aucune raison pour s'écarter des règles anciennes : loin de là, une foule de textes démontrent que le nouveau législateur voit avec faveur les mandats qui se forment tacitement (3) :

Ainsi, tout le monde reconnaît que la remise de la grosse d'un titre exécutoire, entre les mains d'un huissier, implique virtuellement le pouvoir d'exercer des poursuites et de recevoir payement (4); — que la remise d'une assignation à avoué, donne qualité à ce dernier pour se constituer (5); — que la femme est investie des pouvoirs du mari pour acheter les provisions du ménage, et même, en certains cas, pour faire des actes relatifs au commerce de son mari (6). — Que les clercs sont mandataires tacites de l'officier ministériel chez lequel ils travaillent (7); — que l'usufruitier a mandat tacite de faire tous actes nécessaires pour conserver la chose (8); — que le négociant est lié par les engagements de son commis (9); — que celui des époux qui administre les biens personnels de l'autre, est censé agir en vertu d'une procuration tacite (10).

(1) Cass. 3 novembre 1813.

(2) Cette opinion est partagée par Proud'hon, Usuf., t. 3, n. 1327, et par Dur., t. 18, n. 218. Toutefois ce dernier auteur reconnaît que le mandat tacite, quoique aboli en général existe dans beaucoup de cas par la force des choses.

(3) Troplong, n. 121 et suiv. Delv., t. 3, p. 238, notes. Zach., t. 3, § 411. Cass. 24 mars 1830 et 23 mars 1831.

(4) Toullier, t. 7. n. 21. Dur., t. 18, n. 222, t. 12, n. 49. Cass. 3 août 1849. Dall., v° Désaveu, n. 33. Cass. 9 mars 1837. Dev., 1837, 1, 301. Pal., 1837, 1, 180.

(5) Delv., t. 3, p. 238. n. 3. Dur., t. 18 n. 231. Troplong, n. 135.

(6) Dur., t. 18, n. 219. Favard, v° Mandat. § 1er. Pardessous, t. 1er, n. 65. Troplong, n. 119 et 137. Toullier t. 12 n. 261. Bourges, 24 brumaire an IX. Angers, 27 février 1819. Cass. 25 janvier 1821, 2 avril 1822, 1er mars 1826. Douai, 21 novembre 1849. D., p. 50, 5, 315. Cass., 28 décembre 1846. Pal., 1847, 1, 372.

(7) Rolland, Rép., v° clerc, n. 13 et 14. Troplong, n. 135. Cass. 2 décembre 1824.

(8) Troplong, n. 135. Proudhon, Usuf., t. 1er, n. 38.

(9) Rolland, v° Clerc. Troplong, n. 135. Cass. 24 prairial an XI, 10 janvier 1811; 16 décembre 1818; 2 décembre 1824; 4 février 1836. Dall., n. 177. Nîmes, 29 mars 1852., p. 62, 2, 188,

(10) Dur., n. 219. Bourges, 24 brumaire an IX. Bruxelles, 12 ventôse an XII. Mais les domesti-

L'argument *à contrario* tiré par Toullier, du deuxième alinéa de l'article 1985, rapproché du premier, n'aurait d'autorité, que si le système général du Code était défavorable au consentement tacite : or, loin de là, une foule de textes démontrent, que l'on doit rechercher uniquement, quand il s'agit d'un contrat, si les parties sont d'accord, sans s'inquiéter des formes qu'elles ont employées pour manifester leur volonté. — *Voyez* par exemple les articles 1738 et 1759, sur la tacite reconduction; l'art. 1578 sur les biens paraphernaux; l'art. 1922 sur le dépôt; enfin, l'art. 1998 sur la ratification des actes faits par le mandataire au delà des termes de son mandat : évidemment, ces dispositions se rattachent au premier alinéa de l'art. 1985; elles démontrent que ce texte n'est pas limitatif mais énonciatif.—Voyez enfin les articles 1850, 1862 et 1864, sur les sociétés, et 2014 sur le cautionnement.

Il ne faut donc pas prendre à la lettre le mot *verbalement*, qui se trouve dans l'art. 1985 : ce mot est employé par opposition à ceux-ci : *par écrit ;* pour exprimer que le mandat peut être donné *sans écrit*, et nullement en vue de prescrire des paroles sacramentelles.

Mais alors, comment expliquer la distinction faite sous ce rapport par l'art. 1985, entre la procuration et l'acceptation? Cette distinction est le résultat d'un amendement proposé par le tribunat : le projet ne reconnaissait que des procurations écrites (Fenet, t. 14, p. 568). Le tribunat fit observer, que le mandat pouvait avoir pour objet une valeur au-dessous de 150 fr. et que dans ce cas, comme pour toutes les autres conventions, la preuve testimoniale devait être admise : il proposa en conséquence d'ajouter au premier alinéa, ces mots : *Dans tous les cas la preuve testimoniale du mandat ne sera reçue que conformément à la loi relative aux contrats ou obligations conventionnelles en général.*

A la suite de ces observations, on inséra dans l'art. 1985, que le mandat pourrait aussi être donné verbalement et que la preuve testimoniale serait recevable; mais on oublia de mentionner le mandat tacite. —Quoi qu'il en soit, il nous paraît évident que le législateur a entendu se référer aux règles générales établies sur les obligations: Or, il est de principe que les contrats consensuels peuvent résulter de tous actes (et par conséquent d'un mandat), propres à

ques ne sont pas les mandataires tacites de leurs maîtres, pour acheter à crédit les objets nécessaires aux besoins du ménage : ainsi, le maître qui a remis à son domestique l'argent nécessaire pour acheter les provisions du ménage, n'est pas responsable vis-à-vis des fournisseurs, qui ont livré ces provisions à crédit : trop d'abus seraient résultés de la jurisprudence contraire : Dur., n. 218 et suiv. t. 18. Rép., v° Vol, sect. 2, § 3. Troplong, n. 603. Legraverend, t. 2, p. 136. Faustin-Hélie et Chauveau, t. 7, p. 33. Cass., 22 janvier 1813. Paris, 13 septembre 1828. 28 avril 1838, Dev., 1838, 2, 218. Pal., 1840, 2, 37. Dall., n. 170. — Les auteurs sont unanimes sur ce point ; tous reconnaissent que le domestique a mandat d'acheter pour son maître, mais que ce mandat n'a de valeur que pour acheter au comptant. Merlin, Rép., v° Vol, sect. 2, § 3. Troplong, n. 134. Dur., n. 220.

manifester la volonté : Pour déroger à cette règle, il faudrait une exception formelle. — Le passage suivant du discours de M. Berlier ne laisse aucun doute à cet égard sur la pensée du législateur : « Le contrat de mandat, comme tous les autres contrats, repose essentiellement sur la volonté réciproquement manifestée des parties qui le forment (1). »

Au surplus, nous trouvons dans les textes mêmes, la preuve que le législateur n'a pas entendu s'écarter de ce principe : en effet, dès le moment où l'on décide que l'acceptation peut être tacite, il est logique d'appliquer la règle à la procuration ; car, on ne voit pas sur quelle base reposerait la différence.—Il y a plus : l'art. 1998 accorde, comme nous l'avons déjà vu, à la ratification tacite, la même autorité qu'à la ratification expresse, et l'on voudrait que les faits d'où résulte le consentement, fussent dépourvus d'efficacité, lorsqu'ils sont antérieurs à l'exécution ! Cette bizarrerie serait choquante.

Reste l'argument tiré de l'art. 1372 : Cet article porte, qu'il y a gestion d'affaires « lors même que le propriétaire a connu la gestion : » On conclut de ce texte, que la loi romaine sur les mandats tacites se trouve modifiée : C'est là une grave erreur, dit avec raison Troplong, car : « une foule de mandats tacites se forment par des faits autres que la connaissance et la souffrance. »— Voici le véritable sens de cette disposition : En principe, il faut toujours considérer la gestion dans son origine pour distinguer son caractère : *initium est inspiciendum* (2). Lorsque le maître a ignoré, ou, ce qui revient au même, lorsqu'il n'a pu empêcher le fait, bien qu'il en ait été instruit, il y a quasi-contrat de gestion d'affaires : Les mots de l'art. 1372 : *soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore,* font allusion à ces deux circonstances : Le gérant n'était pas mandataire *ab initio;* l'approbation après coup n'a pu le faire considérer comme tel. Dira-t-on, en se prévalant des termes de l'art. 1998, que la ratification équivaut à un mandat : *ratificatio mandato comparatur* (3)? Cette maxime suppose que la ratification est nécessaire pour décharger la personne qui a fait l'acte; or, le gérant n'a pas besoin de la ratification du maître, pour garantir son recours, puisque ce recours lui est assuré par l'article 1375. — Mais lorsque le maître qui a connu la gestion *ab initio*, a pu s'y opposer, il y a mandat : *semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*. Telle est notre hypothèse (4) : elle diffère essentiellement, comme on le voit, de celle de l'art. 1372. Il nous paraît donc

(1) Fenet, t. 14, p. 584.

(2) L. 15, ff *Negot. gest.*, Lib. 9 *ad edict.*

(3) Ulpien, L. 60 ff *de Reg. Jur.*

(4) Ulpien, L. 6, 20, § 1er. L. 6, § 2, ff *mandati*. L. 1, ff *neg. gest.* Canis, L. 2, ff *neg. gest.*

évident, que le mandat tacite a été maintenu par le Code, avec tous les effets que lui attribuait l'ancien droit (1).

Les faits qui constituent le mandat tacite peuvent varier à l'infini : Les tribunaux sont appréciateurs des circonstances.

Nous avons admis que la preuve orale d'une procuration verbale doit s'appuyer sur un commencement de preuve par écrit, lorsqu'il s'agit d'une valeur qui excède 150 fr. : on pourrait prétendre que cette condition n'est pas nécessaire pour établir le mandat tacite: Ce serait méconnaître la pensée du législateur : Sans aucun doute, la preuve des faits, considérés en eux-mêmes, peut résulter de simples témoignages ; mais la preuve orale que l'accomplissement de ces faits a été le résultat d'un mandat, n'est recevable au delà de 150 fr., qu'autant qu'elle s'appuie sur un commencement de preuve par écrit. Il faut, par conséquent, se garder de confondre les faits avec les inductions que l'on peut en tirer ; autrement, les art. 1998 et 1353 seraient inconciliables.—Au résumé, lorsqu'il s'agit de faire résulter de l'exécution, le principe d'une action au profit du mandant ou du mandataire, on distingue : si le mandat est avoué, les faits d'exécution peuvent être prouvés par témoins. — S'il est nié, la preuve orale, n'est pas admise au-delà de 150 fr. sans commencement de preuve car on arriverait ainsi à la preuve d'une convention par unmoyen quela loi n'admet pas (Troplong, n. 146).

La distinction que nous venons d'établir entre le mandat tacite et la gestion d'affaires, n'est pas seulement théorique, comme le prétend Toullier elle a une très-grande importance pratique, car l'action *mandati* et l'action *negotiorum gestorum* produisent des résultats différents: Ainsi, le mandataire a un recours contre le mandant, pour le remboursement de ses avances, sans être tenu de prouver qu'elles ont été nécessaires ou utiles (1999); le gérant n'a de recours contre le maître, qu'à charge d'établir l'un ou l'autre fait (1375).—La preuve dela gestion d'affaires peut être établie par tous moyens de droit; même par témoins, sans commencement de preuve par écrit, à quelque chiffre que s'élève le montant de sa demande ; la forme orale d'un mandat soit verbal, soit tacite, n'est recevable au delà de 150 fr., qu'autant qu'elle s'appuie sur un commencement de preuve par écrit. — En cas de mort du mandant, le mandat cesse ; le mandataire est seulement tenu d'achever l'affaire commencée; encore faut-il qu'il y ait péril en la demeure (1991): Le gérant doit continuer la gestion dans tous les cas, lors même qu'il n'y aurait pas péril en la demeure, jusqu'à ce que les héritiers du

(1) Troplong, n. 114 et suiv., 133 et 136. Zach., t. 3, § 411, p. 123, n. 2. Delv., p. 238, notes. Cass. 22 janvier 1813 ; 25 janvier 1821 ; 2 avril 1822 ; 2 décembre 1824 ; 20 avril 1823; 24 mars 1830 ; 23 mars 1831 ; 19 mars 1845 ; Dev., 1845, 1, 262. Angers, 12 août 1825. Toulouse, 30 mai 1829. Paris, 13 septembre 1828 ; 28 avril 1838. Dev., 1838, 2, 218. Dall., 1838, 1, 123 ; Cass. 10 juin 1841 et 20 juin 1842. Dall., n. 169; 22 août 1842. Dev., 1843, 1, 327. Pal., 1843, 2, 127.

maître puissent prendre la direction de l'affaire (1373).—Le mandataire a une action solidaire contre les mandants qui l'ont constitué par le même acte, pour une affaire commune; le gérant ne jouit pas du même avantage.

Passons maintenant à l'acceptation du mandat :

« Le contrat de mandat, porte le deuxième alinéa de l'art. 1984, ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

Le mandataire peut accepter soit *expressément*, soit *tacitement*:

Expressément, soit dans l'acte qui contient les pouvoirs, soit dans un acte séparé : — Au premier cas, les obligations respectives qui naissent du mandat se forment immédiatement; — au deuxième cas, le mandataire n'est lié qu'au moment où il a accepté le mandat. — Quant au mandant, il est lié à partir de cette acceptation, quoiqu'il n'en ait pas eu connaissance ;par conséquent, il se trouve soumis, pour le remboursement des dépenses faites par le mandataire, à l'action *mandati contraria*, lors même qu'il aurait révoqué le mandat dans l'intervalle: En effet, en agissant avec promptitude, le mandataire a satisfait aux devoirs qu'il s'est imposés; loin d'être fondé à se plaindre, le mandant doit se féliciter d'avoir donné sa confiance à un homme actif, intelligent et dévoué.

Le mandataire conserve ses pouvoirs tant qu'ils ne sont pas révoqués; ou mieux, tant qu'il n'a pas eu connaissance de la révocation : A partir de ce moment, ainsi que nous l'avons dit, il ne peut plus être que gérant d'affaires.

La loi ne prescrit aucune forme spéciale pour l'acceptation expresse : quand elle résulte d'une lettre missive, le contrat est censé conclu au lieu du domicile du mandataire ; dès lors, les contestations qui pourront s'élever entre les parties, sur l'exécution du mandat, doivent être portées au tribunal de ce lieu (1).

L'acceptation *tacite* résulte des circonstances; il appartient aux tribunaux de les apprécier : Le deuxième alinéa de notre article, énonce entre autre faits, le cas d'exécution du mandat.

L'exécution partielle produirait le même effet que l'exécution totale, puisqu'elle démontrerait la volonté du mandataire.

Peut-on induire l'acceptation, de ce fait, que le mandataire a entre ses mains l'acte qui constate le pouvoir ? L'affirmative nous paraît hors de doute, lorsque cet acte a été remis par le mandant lui-même, au mandataire qui l'a reçu sans faire d'observation : mais s'il a été envoyé par la poste ou autrement, le juge prononce eu égard aux circonstances : la restitution peut être le résultat de l'oubli, d'une négligence, ou du désir que pouvait avoir la personne, de s'éclairer sur certains faits, avant de prendre une détermination (2).

(1) Cass. 21 juillet 1819.

(2) Pothier, n. 33. Troplong, n. 149 et suiv. Dur., n. 224.

Bien moins encore doit-on induire l'acceptation, de cette seule circonstance qu'une personne à qui l'on n'a pas adressé une procuration en forme, mais une simple lettre, s'est bornée à ne pas répondre (1).

Exceptons le cas où cette personne ferait profession de gérer les affaires d'autrui : Ainsi, le fait par un avoué ou un huissier, à qui l'on a transmis des pièces, de les avoir gardées, est une présomption légale d'acceptation. Le doute ne peut même s'élever, lorsque l'officier ministériel a fait en son étude élection de domicile pour le mandant (2).—Ainsi, le commissionnaire aux assurances à qui l'on a écrit, par ex., d'assurer un navire sur le point de mettre à la voile, est présumé vouloir accepter, lorsqu'il ne refuse pas immédiatement : l'acceptation existe alors de fait ; elle suffit pour que le contrat devienne parfait (3).

Les personnes auxquelles un mandat est transmis, sont tenues, en certains cas urgents, de prendre des mesures conservatoires pour le mandant, bien qu'elles n'entendent pas occuper définitivement pour lui.—Par ex., je remets à un avoué, la veille de l'expiration du délai qui m'est accordé pour comparaître, copie d'une assignation que j'ai reçue, avec pouvoir d'occuper pour moi : cet avoué devra se constituer, sauf ensuite à exiger des garanties pour le payement des frais dont il fera l'avance : le *ministère* des avoues est forcé.—J'envoie des marchandises à un commissionnaire, pour une opération: bien qu'il soit dans l'intention de ne pas se charger de cette affaire, il ne doit pas moins veiller sur les marchandises qu'il a reçues.

La preuve testimoniale est-elle admise, indépendamment de tout écrit préalable, pour établir l'acceptation du mandat? Distinguons : l'envoi de la procuration est établi, ou l'existence du mandat est problématique :

Au premier cas, l'acceptation tacite peut résulter d'une preuve orale, et donner lieu à l'action *mandati* soit *directa*, soit *contraria* : en effet, il ne s'agit point de prouver une convention; mais l'exécution d'une convention non contestée.

Au deuxième cas, on prétend arriver indirectement, par la preuve de l'exécution, à la preuve de la procuration : Or, ce dernier fait ne peut être établi par témoins au delà de 150 fr. sans commencement de preuve; donc on n'est point recevable à prouver l'exécution par ce moyen.

Nous avons constamment supposé, qu'il s'agit de prouver le contrat de mandat : le quasi-contrat de gestion d'affaires est soumis à d'autres règles : Les faits qui le constituent, sont indépendants des

(1) Pardessus, n. 558, t. 2.

(2) Pothier, n. 33. Troplong, n. 149 et suiv. Dur., n. 224. Dal, n. 186.

(3) Pothier, n. 151. Troplong, n. 109, 344. Delamarre et Lepoitevin, t. 1er, n. 96 et suiv. t. 2. n. 27.

preuves requises en matière de convention : ils peuvent être établis par de simples témoignages, sans commencement de preuve par écrit, bien que l'importance du litige excède 150 fr.

Après avoir déterminé la position du mandant et celle du mandataire l'un par rapport à l'autre, il nous reste à rechercher si les tiers qui ont traité avec le mandataire verbal sont assujettis, comme ce dernier, à produire un commencement de preuve par écrit, pour établir directement, par témoins, que la personne avec laquelle ils ont traité était mandataire de celle qu'ils actionnent.

Ecartons d'abord le cas où le mandataire aurait agi *proprio nomine* : les tiers, cela est de toute évidence, ne pourraient actionner le mandant, puisqu'ils auraient uniquement considéré la personne avec laquelle ils traitaient. — Mais si le mandataire a contracté *procuratorio nomine,* pourquoi refuser aux tiers la faculté d'établir par témoins, directement, que ce dernier était investi de pouvoirs suffisants ? Tous les jours, un commis ou un clerc traite pour son patron ; un mari, pour sa femme ; une femme, pour son mari :—Refuser aux tiers la ressource de la preuve testimoniale, sans commencement de preuve, lors même qu'il s'agit d'une valeur qui excède 150 fr., ce serait souvent entraver des actes commandés par l'urgence : les tiers pourraient prouver par témoins l'existence d'une société ; pourquoi leur refuser cette faculté en cas de mandat, s'ils ont été de bonne foi (1)?

Nous réservons, bien entendu, le recours de celui au nom duquel l'affaire a été conclue, contre celui qui s'est dit investi d'un mandat verbal.

Nul doute que l'acceptation du mandat verbal peut résulter de l'aveu ou du serment : ce sont là des moyens de preuve, communs à toutes les conventions.

Le mandat peut être donné sous une condition; pour produire ses effets à partir d'une époque déterminée, où jusqu'à un certain temps.

Lorsque le mandat n'est limité par aucun terme, ni soumis à aucune condition, la procuration vaut *in perpetuum*; c'est-à-dire, jusqu'au moment où elle sera révoquée.

On peut nommer pour une même affaire un ou plusieurs mandataires, soit pour gérer conjointement ; soit pour gérer l'un au défaut de l'autre.

— Nous avons dit, qu'une procuration sous seing privé suffit, en dehors des cas prévus par la loi : mais cette règle est-elle absolue ? — Il est généralement admis en jurisprudence, qu'un mandat authentique est nécessaire pour tous les actes soumis à la condition de l'authenticité. — Nous trouvons en faveur de cette

(1) Troplong, n. 145. *Voyez* cep. Dall., n. 160. Cet auteur n'admet pas que l'on puisse établir par témoins sans commencement de preuve, quand il s'agit d'une valeur qui excède 150 f., l'existence du mandat verbal.

doctrine un argument puissant dans la loi du 21 juin 1843, sur les actes notariés: L'art. 2 de cette loi énumère les actes dans lesquels la présence réelle du notaire en second et des témoins est nécessaire, et déclare soumises à la même formalité les procurations pour consentir ces divers actes.—On peut ajouter, que dès le moment où la loi exige l'authenticité de l'acte, elle déclare, par cela même, que le consentement des parties doit être constaté authentiquement; que son but serait manqué si la procuration pouvait résulter d'un acte privé (1): — Quoi qu'il en soit, l'opinion contraire est soutenue par la doctrine: on dit, qu'en principe, le mandat peut être donné soit par un acte public soit par un acte sous seing privé; que le législateur a pris soin de s'expliquer, quand il a voulu déroger à cette règle: que les exceptions ne se suppléent pas, surtout quand il doit en résulter une nullité (2).

1986— Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire.

= Le mandat prend sa source dans les rapports d'amitié. A Rome, il était gratuit par essence; néanmoins, Ulpien nous apprend, que le mandant pouvait, sans enlever à ce contrat son caractère, donner au mandataire, *mais seulement après coup*, un témoignage de sa gratitude: *si remunerandi gratiâ honor intervenerit, erit mandati actio.*—Papinien et les rescrits impériaux s'exprimaient dans le même sens (3).— Lorsqu'un salaire avait été stipulé *ab initio*, le contrat n'était plus qu'un louage d'ouvrage: *locatio operarum*.

Dans le système du Code, la gratuité n'est pas de l'essence, mais de la nature du mandat: Le mandat, porte l'art. 1986, est gratuit *s'il n'y a convention contraire.*—Peu importe donc aujourd'hui, que l'honoraire ait été promis *ab initio* ou *ex post facto*: « Certaines affaires, disait M. Bertaud de Greuille dans son discours devant le Corps législatif, n'exigent-elles pas des soins si prolongés et si assidus, et un développement de moyens tels, que le plus désintéressé ne puisse s'en charger sans rétribution? et lorsque l'affection est encore la cause première et déterminante du bon office qu'il consent à rendre, voudrait-on humilier sa personne, dégrader ses services, en les rangeant dans la classe de ceux qu'on reçoit des mercenaires ou d'autres salariés? Non, sans doute! Le dévouement, le zèle de l'amitié, sont quelque chose d'inappréciable, et c'est le cœur, et non l'argent, qui peut acquitter la dette de la reconnaissance. »

Il n'existe, en effet, aucune raison pour proscrire une pareille convention: elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs; elle est même d'une exacte justice, toutes les fois que le mandataire n'a pas assez de fortune pour faire le sacrifice de son temps et de ses soins: la rétribution est moins alors un salaire, qu'une indemnité pour un service qui n'a pas de prix:

(1) Grenier, Hyp., t. 1er, n. 68. Dall., n. 151. Lyon, 29 décembre 1827. Cass. 21 juillet 1830; 19 avril 1843; 9 février 1854. D., p. 54, 1, 49. Cass. 12 nov. 1855. D., p. 55, 1, 453. Amiens, 9 avril 1856. D., p. 57, 2, 20.

(2) Persil, sur l'art. 2127. Delv., t. 3, p. 163. Troplong, Hyp., t. 2, n. 511; Mandat, n. 104. Dur., t. 9, n. 357. Cass. 27 mai 1819, 5 juillet 1827. Caen, 22 juin 1821.

(3) L. 6, 7, 10 et 56 ff. *mandati*. L. 1. *C. mandati*.

Par suite de cette modification, un grand nombre de contrats que l'on considérait en droit romain comme innommés, sont rangés par le Code dans la classe des mandats (4):

Ainsi, les Romains voyaient des contrats innommés, dans les espèces suivantes : si vous vous chargez de recevoir pour moi 100 à Carthage, moi je recevrai à Rome pareille somme de votre débiteur. —Dans notre droit, de semblables conventions constitueraient des mandats.

Comment distinguer le *louage de services* du *mandat* salarié? C'est en général, dit Troplong, par la nature du service (*Louage*, t. 3, n. 791 et suiv.; *mandat*, n. 164 et suiv.).—Nous avons réfuté cette doctrine (*voy.* p. 147).

La distinction entre le louage de services et le mandat, n'est pas purement théorique : elle entraine de graves conséquencés :

Le mandat finit par le décès du mandant; le louage d'ouvrage oblige les contractants et leurs héritiers. — Le mandataire peut se désister, sans être tenu de dommages-intérêts, pourvu que les choses soient entières ; dans le louage, les parties sont liées pour toute la durée du contrat. — Les mandants sont solidaires, quand il s'agit d'une affaire commune; rien de pareil n'a lieu dans le louage d'industrie. — Les mandataires n'ont pas de privilége pour leurs salaires; le salaire des ouvriers est dans la plupart des cas privilégiés (2101, 4°; 2102, 5°; 2103, 4°).—Le mandataire représente le mandant; celui qui loue son industrie ne représente pas celui qui le paye.— Le mandat est un contrat unilatéral; le louage est un contrat synallagmatique. — Le mandant peut retirer sa procuration quand bon lui semble ; le locateur ne peut, par sa seule volonté, anéantir le contrat de louage.

Remarquons ces mots qui terminent l'art. 1986 : *s'il n'y a convention contraire:* Ils expriment, que la promesse d'honoraires, faite en termes vagues et généraux, ne produirait aucune obligation.—Par ex., dit Pothier, n° 24 (1): « Si le mandat portait : *Je ne manquerai pas de reconnaître d'une manière convenable le service que vous voulez bien me rendre* , le mandataire n'aurait pas d'action.... » En cela, dit le jurisconsulte, l'honoraire diffère du loyer : lorsque j'ai loué les services d'une personne, la promesse que je fais de l'en récompenser, quoique conçue en termes vagues, est valable : la raison de différence, est que cette récompense, étant le prix de services appréciables, est déterminable; tandis que la promesse d'honoraires, faite à un mandataire, n'a pour objet rien de déterminé ni de déterminable; par conséquent, elle est nulle. Le mandat conserve son caractère de gratuité. »

Nous exceptons, bien entendu, certaines professions pour les-

(1) *Voyez* les nombreux exemples rapportés par Troplong, mandat, n. 160 et suiv.

quelles un usage constant équivaut à une convention sur les honoraires, telles que celles de notaire, d'avoué ou d'agent de change. Pour que le mandat conféré fût gratuit en pareil cas, il faudrait une stipulation formelle (1).

—L'avoué qui a payé les honoraires de l'avocat, peut-il les répéter contre sa partie? ⁓ L'avoué a le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour l'exécution de son mandat (2).

L'avoué peut-il payer au delà du tarif? ⁓ A la vérité, le tarif a fixé le prix des plaidoieries; néanmoins, comme ce prix est inférieur au travail que les affaires peuvent exiger, le tribunal prononce eu égard aux circonstances (mêmes arrêts).

1987 — Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant.

= L'étendue des pouvoirs du mandataire, est entièrement abandonnée à la volonté des parties: les art. 1987 et 1988 ne contiennent que des règles interprétatives.

Le mandat est *spécial* ou *général* :

Spécial, lorsqu'il a pour objet une ou plusieurs affaires indiquées (3), ou lorsque les pouvoirs donnés au mandataire sont limités à certains actes déterminés; par ex. : je donne mandat d'échanger ou de vendre les biens que j'ai dans tel département : ce mandat est *spécial*. — Je donne mandat de suivre les procès qui pourront me survenir : ce mandat est également spécial; car il est limité aux procès.

Général, lorsqu'il comprend toutes les affaires du mandant, c'est-à-dire, lorsqu'il confère le pouvoir de faire, au nom et pour le compte de ce dernier, tous les actes qui sont susceptibles d'être accomplis par un mandataire.

Ne concluons pas de ces mots: *toutes les affaires du mandant*, que le mandat cesserait d'être général, et deviendrait spécial, si quelques affaires avaient été retranchées des pouvoirs du mandataire : il suffit, pour maintenir ce caractère de généralité, que le mandataire ait le droit de faire tous les actes *prévus* et *imprévus* qui se rattachent à une certaine fonction ou à un certain genre d'affaires : *omnes indefinite commissæ*.—Par ex. : Je vous donne mandat pour faire le commerce à ma place dans telle ville, ou pour faire tous les actes

(1) Dur., n. 197. Troplong, n. 249. Paris, 24 juillet 1829. Rennes, 18 avril 1815. Cass. 24 juillet 1832. Dall., n. 68. Cass. 18 mars 1818; 20 février 1832. Angers, 28 mars 1833. Dev., 1833, 2, 179. Dall., v° Notaire. Cass. 24 juillet 1832. Dev., 1832, 1, 621. Dall., n. 68. Bordeaux, 25 janvier 1842. Dall., v° avoué, n. 133.

(2) Limoges, 10 août 1829. Grenoble, 30 juillet 1821. Bourges, 26 avril 1830. Pau, 7 juin 1828. Rouen, 17 mai 1828. Toulouse, 11 mai 1831. Dev., 1832, 2, 581; 20 mars 1833. Dev., 1833, 2, 484. Montpellier, 12 mars 1832. Dev., 1833, 2, 128.

(3) Troplong, n. 274. Cass. 29 décembre 1838. Pal., 1839, 1, 635. Caen, 19 décembre 1846. Pal., 1847, 1, 280.

relatifs aux biens que j'ai dans tel département : ce mandat est général, quoiqu'il soit restreint à une affaire ou à certains biens ; car il comprend le pouvoir de faire indistinctement, sans limitation, toutes les négociations et tous les actes prévus et imprévus que mes interêts pourront exiger.

Pour savoir si une procuration est générale ou spéciale, il ne faut donc point considérer la quantité plus ou moins considérable d'affaires qu'elle embrasse; mais l'étendue des pouvoirs conférés.

Cette distinction est importante ; car en certains cas, la loi exige un mandat spécial.

1988 — Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration (1).

S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.

= Lorsque le mandat est *spécial*, en d'autres termes, lorsque les actes qu'il s'agit de faire sont spécifiés, cette détermination devient la mesure des pouvoirs conférés ; ce que le mandataire fait au delà, n'est point obligatoire pour le mandant : rien de plus simple et de plus facile que l'application de cette règle.

Il est bien entendu, que le pouvoir conféré pour une affaire spéciale, donne implicitement qualité pour tout ce qui dépend de cette affaire: ainsi, le mandataire qui a reçu le pouvoir de passer tous baux à loyer, à tel prix, clauses et conditions qu'il jugera convenable, peut, sans excéder son mandat, consentir un bail qui dépasse neuf années (2); — ainsi, le pouvoir de se concilier, renferme celui de transiger (3).

Quelle est l'étendue du mandat conçu en termes généraux ? Sous notre ancienne jurisprudence, quelques anciens docteurs admettaient la distinction suivante : la procuration est *omnium bonorum simpliciter*, ou *omnium bonorum cum liberâ;* en d'autres termes, elle porte simplement que le mandataire sera chargé de toutes les affaires du mandant, ou elle lui donne l'entière liberté de faire tout ce qu'il jugera convenable: — Au premier cas, le mandataire ne pouvait faire que des actes d'administration ; au deuxième cas, il pouvait aliéner, sinon à titre gratuit, du moins à titre onéreux. — D'autres (et Vinnius notamment) rejetaient cette distinction : ils restreignaient le mandat général, aux actes d'administration, sans avoir égard aux expressions dont le mandant s'était servi. — Pothier (nº 144 et suiv.) admet ce dernier système : les auteurs

(1) Ne confondons le mandat *conçu en termes généraux* avec le mandat *général*; — ce dernier peut comprendre *spécialement* toutes les affaires du mandant, même à l'effet *d'aliéner*.

(2) Paris, 27 novembre 1831.

(3) Pigeau, t. 1er, p. 43. Douai, 13 mai 1836. *Voyez* cep. Berriat Saint-Prix, t. 1er p. 189. Carré, t. 1er, p. 106.

du Code l'ont consacré : L'art. 1988 porte « que le mandat général et indéfini n'embrasse que les actes d'administration : » — ainsi, le mandataire peut passer des baux, pourvu que leur terme n'excède pas 9 années (1) ; faire les conventions nécessaires pour l'entretien ou l'exploitation des choses dont la gestion lui a été confiée; intenter les actions possessoires; interrompre une prescription; poursuivre le remboursement des créances ; emprunter des sommes modiques; aliéner les récoltes, ainsi que les autres choses mobilières qui, par leur nature, sont destinées à être vendues (2) ; faire des saisies mobilières (3) sur les débiteurs; passer les marchés avec les ouvriers pour la réparation des biens du mandant; acheter les matériaux nécessaires; recevoir ce qui est dû au mandant; donner bonnes et valables quittances (4); renouveler des inscriptions ; passer titre nouvel (5) : En un mot, le mandat général comprend tout ce qui a rapport à l'entretien et à l'amélioration des biens du mandant (Pothier, n° 149) ; — mais il ne confère pas le pouvoir d'accepter ou de répudier une succession (6); de provoquer un partage; d'intenter une action immobilière (7); d'emprunter, d'hypothéquer, ou de vendre les choses qui n'ont pas cette destination; de faire remise d'un droit hypothécaire (8); de pratiquer des saisies réelles; de transiger, de compromettre, de renoncer à une prescription acquise ; d'interjeter appel; de se pourvoir en cassation; d'acquiescer à un jugement (9) : la loi ne suppose pas facilement au mandant, l'intention d'étendre jusque-là le témoignage de sa confiance (arg. des art. 464 et 465) : Elle exige, pour ces sortes d'actes, à raison de leur importance, un mandat spécial; ce qu'il ne faut pas entendre en ce sens, nous le répétons, que le mandataire soit tenu de représenter une procuration séparée pour chaque acte qu'il s'agit de passer ; mais en ce sens, que le pouvoir dont il est porteur doit lui donner qualité pour faire tous les actes de la nature de celui dont il s'agit (10).

Nonobstant les termes de notre article, il n'est pas douteux que le

(1) Arg. des art. 595, 1429, 1718. Pothier, n. 148. Delv., t. 3, p. 470. Merlin, Rép., v° Procuration. Dur., t. 18, n. 229. Troplong, n. 279. Cass. 8 août 1821.

(2) Dur., t. 18, n. 229. Zach., p. 126. Bruxelles, 21 décembre 1809.

(3) Pothier, n. 151. Dur., n. 229 et 230. Troplong, n° 291 et suiv. Bruxelles, 24 juillet 1816.

(4) Paris, 21 avril 1806. Bourges, 19 décembre 1821. Bordeaux, 22 janvier 1827. Pau, 17 mars 1829. Bordeaux, 21 décembre 1832. Dev., 1833, 2, 205. Cass. 19 février 1834. Devr. 1834, 1. 348. Douai, 13 mai 1836. Dev., 1836, 2, 450.

(5) Bourges, 12 février 1841. Dall., n. 89.

(6) La cour d'Aix a jugé, le 19 avril 1839 (Dall., Cont. de Mar., n. 2157), que la renonciation à communauté est valablement faite en vertu d'une procuration générale; mais cette décision ne peut fixer la jurisprudence.

(7) Dur., t. 18, n. 229. Troplong, n. 291 et suiv.

(8) Pothier, n. 151. Troplong, n. 290. Dur., t. 18, n. 229 et 230.

(9) Troplong, n. 295 et 296. Rennes, 23 avril 1811. Bruxelles, 25 mars 1817.

(10) Pothier, n. 161. Merlin, v° Procuration, § 2. Troplong, n. 276. Cass. 28 février 1813

mandataire général peut vendre les objets sujets à dépérissement ou à dépréciation ; car ces actes sont conservatoires (1).

1989 — Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.

= Le mandat conçu en termes généraux, ne donne pouvoir que pour les actes d'administration ; par la même raison, le mandat spécial ne peut être étendu à des actes autres que ceux pour lesquels il a été conféré : on doit nécessairement restreindre ses effets, dans les limites qui lui sont assignées par la loi ou par le mandant :

Ainsi, Le pouvoir de transiger, ne donne pas celui de compromettre ; *aut vice versa* : en effet, la transaction et le compromis diffèrent par des nuances qu'il importe de ne pas confondre : Dans le premier cas, le mandataire a la faculté de terminer lui-même le procès, aux conditions qu'il jugera convenables ; dans le deuxième, il s'agit de soumettre le litige à un jugement d'arbitres : or, le mandant peut fort bien s'en rapporter au jugement du mandataire, sans vouloir lui conférer le droit de remettre à des tiers le soin de prononcer (2).

Le mandataire est réputé *negotiorum gestor*, pour les actes qu'il a faits à l'insu du mandant, au delà des termes de son mandat.

Quid, s'il est resté en deçà de son mandat ; c'est-à-dire, si l'exécution n'a été que partielle ? En principe, le mandat est indivisible ; l'accomplissement partiel équivaut à un non-accomplissement : — Je loue une maison, quand j'ai ordre de l'acheter ; je la donne en échange, quand j'ai pour mission de la vendre : mon mandat ne comportait point le droit de faire ces actes ; donc le mandant n'est pas lié.

Cette règle, admise par nos anciens auteurs, paraît bien rigoureuse au premier abord : Mais si l'on considère, qu'en certains cas, l'exécution partielle ne peut remplir le but que le mandant s'est proposé, notamment, en matière commerciale ; que ce dernier peut même avoir éprouvé un préjudice grave, par suite de la négligence ou de l'impéritie de son mandataire, on reconnaît qu'elle est fondée en équité.

Au surplus, en pareille matière, les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances : ils déclareraient, sans nul doute, les actes faits par le mandataire, obligatoires pour le mandant, si l'exécution partielle ne causait à ce dernier aucun préjudice (3).

Nous placerons sur la même ligne que l'exécution partielle, l'exé-

(1) Arg. des articles 595, 1718 et 1429. — Paris, 27 novembre 1813.

(2) Cass. 12 juin 1832. Paris, 28 juin 1851. D. p. 53, 2, 78. Cass. 21 juillet 1852. D., p. 52, 1, 194.

(3) Troplong, n. 303. Montpellier, 10 juillet 1829 ; 6 avril 1831. Dall., n. 125.

cution insuffisante et le défaut d'exécution dans la forme ou dans les conditions déterminées par le mandat : le mandataire devra s'imputer, de ne pas avoir suivi ponctuellement les ordres qu'il a reçus.

La règle que nous venons d'exposer, souffre nécessairement des exceptions : Il peut arriver que le mandataire ne soit pas en faute; par ex., qu'il ait été empêché d'exécuter son mandat par des événements de force majeure : les tribunaux, nous le répétons, apprécient les circonstances ; ils concilient autant que possible la rigueur du droit avec l'équité.

Observons en terminant, que le mandataire ne va pas au delà des termes de son mandat, lorsqu'il fait certains actes qui y sont virtuellement compris : on suppose alors, que le mandant a gardé le silence sur ces actes, parce qu'il n'a pas cru nécessaire d'en parler : —Par ex., le pouvoir de vendre comprend celui de payer les frais; le pouvoir de recevoir une somme, comprend celui de donner quittance; le pouvoir de faire rentrer le paiement, renferme celui d'exercer des voies de contrainte même par saisie immobilière (1).

Mais le pouvoir de vendre un immeuble, ne confère pas celui de l'hypothéquer ; car l'hypothèque et la vente sont des actes essentiellement distincts (2); Le pouvoir d'emprunter et d'hypothéquer ne confère pas celui de consentir des hypothèques pour dettes antérieures à la procuration ; le pouvoir de toucher une somme, n'autorise pas à poursuivre le débiteur (3). Il est même généralement admis que le pouvoir de vendre un immeuble, n'emporte pas celui de toucher le prix (4).

Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier les termes du mandat : Le doute s'interprète contre le mandant.

1990 — Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'aprés les règles générales relatives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des Époux*.

= La loi ne parle pas des personnes capables de conférer un *man-*

(1) Troplong, n. 319. Paris, 21 avril 1806. Bordeaux, 22 janvier 1827. Bourges, 19 décembre 1821. Paris, 25 mai 1831. Cass. 15 pluviôse an XIII. Bordeaux, 9 février 1829. Paris, 17 mars 1827. Cass. 26 mars 1834.

(2) Toullier, t. 7, n. 23. Dur., n. 59, t. 12. Troplong, n. 320. Cass. 18 novembre 1824. Rouen, 9 novembre 1839. Dev., 1840, 2, 80. Dall., n. 115.

(3) Troplong, n. 323 et suiv. Turin, 2 avril 1811. Cass., 19 septembre 1821; 19 janvier 1808; 8 mai 1811; 2 août 1825; 4 avril 1827; 5 juillet 1827.

(4) Pothier, Oblig., n. 477. Dur., t. 12, n. 51. Zach., § 412, n. 6. Cass. 18 novembre 1824. Rouen, 9 novembre 1839. Pal., 1840, 1, 49. Dev., 1840, 2. 80. Rennes, 24 août 1822.

dat : Elle n'avait rien à dire sur ce point ; car il va de soi, que celui là seul qui a la capacité de traiter une affaire, peut en confier l'exécution à un autre : « Le pouvoir donné par le mandat, disait le tribun Tarrible, est nécessairement circonscrit dans celui qu'aurait le commettant lui-même, s'il traitait ou agissait en personne. »

Ainsi, le mandant doit être capable de contracter ; — les femmes mariées, les mineurs émancipés et les prodigues ne peuvent constituer de mandataires que dans la limite de leur capacité ; — Enfin, pour donner le pouvoir de vendre, il faut avoir la capacité d'aliéner (1).

Mais la loi permet de donner à une personne mandat de faire des actes qu'elle n'aurait pas la capacité de faire pour elle-même — Au premier abord, il semble paradoxal que l'on puisse prendre pour mandataires des personnes incapables; néanmoins, cette règle ne s'écarte point des principes généraux du droit :

En effet, il faut bien distinguer les rapports que le mandat constitue entre le mandataire et la personne avec laquelle il s'agit de traiter, de ceux qu'il établit entre le mandant et le mandataire.

Sous le premier point de vue, il est à remarquer que le mandataire ne traite pas de ses intérêts ; que le mandant seul se trouve obligé, lorsque l'affaire est conforme au vœu qu'il a exprimé : peu importe dès lors au tiers, que l'intermédiaire n'ait pas la capacité de contracter ; il lui suffit que les intentions du commettant s'accordent avec les siennes et qu'elles soient ponctuellement exécutées : Le mandataire n'est qu'un *nudus minister*. —Par ex. : j'écris à mon fils, agé de 17 ans, d'aller toucher chez un banquier une somme de 1,000 fr. qui lui sera comptée sur le vu de ma lettre : Je serai censé avoir reçu cette somme par les mains de mon fils.

Mais lorsqu'il s'agit des rapports du mandant avec le mandataire, les choses changent de face : l'exécution du mandat entraîne à sa suite des obligations respectives : si le commettant a fixé son choix sur une personne qui était incapable de s'engager, il doit s'imputer sa propre imprudence : Aussi, après avoir établi que la femme et le mineur émancipé, peuvent être choisis pour mandataires, la loi déclare-t-elle, que le mandant n'a d'action contre le mineur émancipé, à raison des opérations du mandat, que d'après les règles générales exposées dans les art. 1124, 1125, 1126, 1305 et suiv. ; et contre les femmes mariées, que d'après les règles établies au titre du *Contrat de mariage*.

Il résulte des observations qui précèdent, que le mandant se trouve lié, par l'exécution du mandat, tant envers le mandataire incapable, qu'envers les tiers avec lesquels ce dernier a contracté; tandis que l'incapable peut opposer la nullité du mandat qu'on lui a conféré, s'il est recherché, soit pour inexécution des obligations qu'il

(1) Cass. 18 frimaire an VI.

a contractées, soit en reddition de compte; sauf, bien entendu l'action *de in rem verso*, qui, dans tous les cas, appartient au mandant, et l'action en dommages-intérêts, à raison des délits ou des quasi-délits que le mandataire incapable, mais *doli capax*, aurait commis dans sa gestion (408 C. pén.).

Notre article ne parle que des mineurs émancipés : Mais ne concluons point, par argument *à contrario*, qu'un mineur non émancipé ou un interdit ne puisse être valablement choisi pour mandataire : Le législateur ne s'est pas proposé d'énumérer les personnes capables; son but unique, a été de déterminer les effets de l'acceptation du mandat conféré à une personne qui administre ses biens, sans avoir la capacité d'en disposer (1).

Observons, que la femme mariée n'est pas astreinte à se munir de l'autorisation de son mari pour accepter un mandat : A quoi bon en effet cette autorisation, puisque le mandat ne peut léser en rien (1125) ni ses intérêts, ni ceux de son mari : — Du reste, le mari peut, en vertu de son autorité, s'opposer à ce que la femme exécute le mandat : S'il garde le silence, il est censé donner son consentement (2).

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

Le mandataire est tenu de trois obligations principales; il doit :

1° Accomplir le mandat (1991) ;

2° Apporter les soins d'un bon père de famille à la gestion de l'affaire ou des affaires dont il s'est chargé (1992 et 1er et 1137): Par conséquent, il répond de son dol ou de sa faute.

Mais la responsabilité relative aux fautes, doit être appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salaire (1992).

Le mandataire est en général autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat.—Sa responsabilité s'étend en certains cas, à celui qu'il s'est substitué (1994).

Plusieurs mandataires peuvent être constitués pour la même opération ; mais ils ne sont point pour cela solidairement responsables ; sauf toute stipulation contraire (1995).

3° Rendre compte de sa gestion (1993).

Si le mandataire se trouve reliquataire, il ne doit l'intérêt de ce reliquat que du jour où il a été mis en demeure. — Mais s'il a em-

(1) Dur., n. 212. Troplong, n° 332. Zach., t. 3, p. 124. Rennes, 27 août 1819. Dall., n. 63. *Voy.* cep. Merlin, Rép., v° Mandat, et Delv., t. 3, p. 239, n. 5.

(2) Exposé des motifs par M. Berlier.

ployé des sommes à son usage, l'intérêt est dû à partir de cet emploi (1996).

Les dépenses de conservation qu'il a faites, sont garanties par un privilége (2102).

Il compense même le montant de ses débours, avec les sommes qu'il doit au mandant (1291). — Quand il est seulement détenteur de corps certains, en sa qualité de mandataire, la compensation ne peut s'opérer (1293): Le droit de rétention est la seule garantie qui lui soit accordée, si le mandant se trouve soumis envers lui à des obligations à raison de ces choses.

On lui reconnaît généralement ce dernier droit quand il s'agit d'un meuble (2102); mais des doutes s'élèvent à l'égard des immeubles (*Voy.* P. 590 quest.).

1991 — Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution.

Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure.

= Le mandataire est libre d'accepter ou de refuser le mandat; mais en acceptant, il s'oblige à terminer entièrement l'affaire qu'on lui a confiée : S'il manque à ses engagements, même par négligence, il encourt des dommages-intérêts: *contractus ab initio sunt voluntatis, posteà necessitatis* (1).

Toutefois, ce principe doit être sainement interprété : si le mandataire s'aperçoit que le mandat est au-dessus de ses forces, nul doute qu'il peut s'en faire décharger, pourvu que les choses soient encore entières ; c'est-à-dire, pourvu qne le mandant, averti en temps utile, ait pu confier ses intérêts à une autre personne : le mandataire rend un service; il serait contraire à l'équité, de l'obliger à supporter le poids du mandat, s'il peut s'en affranchir sans causer de dommage au mandant.

Nous irons plus loin : la renonciation au mandat produirait ses effets (quand même elle serait intempestive) si le mandataire se trouvait, par quelque cause grave, telle qu'une maladie, dans l'impossibilité de prévenir le mandant, ou si des affaires personnelles très-sérieuses, qu'il ne pourrait négliger sans éprouver un préjudice grave, lui étaient survenues (Troplong, n. 340 et suiv.) : Les tribunaux sont appréciateurs des circonstances.

Quelle est l'étendue des obligations du mandataire ? Distinguons : le mandat est *impératif* ou il est *facultatif* :

Au 1er *cas*, le mandataire doit accomplir tout ce qui lui est prescrit, sans rien faire au delà ; il n'a point à se préoccuper des conséquences. — J'ai donné mandat de toucher une certaine somme,

(1) Pothier, n. 38. Cass. 22 août 1835. Dall., p. 210.

plus les intérêts de cette somme : mon mandataire a reçu le capital sans les intérêts et s'est dessaisi du titre sous signature privée qui constatait mon droit, ou a déchargé purement et simplement mon débiteur : je pourrai le poursuivre en réparation de ce dommage. —Nous exceptons, bien entendu, le cas où il y aurait quelque faute à m'imputer, telle que l'obscurité ou l'ambiguité des termes du mandat (1). — Vous me chargez d'emprunter ou de prêter 1,000 fr ; je dépasse ce chiffre : l'excédent pourra être laissé à mon compte.

Au 2e *cas*, le mandataire doit agir en homme prudent et intelligent : le mandant doit se soumettre à ce qui a été fait pour son plus grand intérêt. —Le mandataire est affranchi de toute responsabilité, si on ne peut lui reprocher ni négligence ni imprudence : -- vous m'avez chargé d'acheter 100 pièces de vin à 50 fr. pour un approvisionnement que vous êtes tenu de faire sous peine de dommages-intérêts considérables ; je n'ai pu me procurer ce vin que moyennant 60 fr.: vous serez tenu de payer la différence ; car le chiffre de 50 fr. n'était point limitatif. — En pareille matière, la décision à rendre varie nécessairement suivant les faits et circonstances.

Il est bien entendu, qu'en toute hypothèse, le mandataire doit à l'exécution du mandat, les soins d'un bon père de famille; c'est-à-dire, ceux d'un homme prudent et intelligent.

Bien plus : si les circonstances démontrent, que l'exécution littérale du mandat ne peut avoir lieu, sans qu'il doive en résulter un dommage pour le mandant, le mandataire se constitue en faute quand il ne s'abstient pas (2).

L'inexécution d'un mandat accepté, donne lieu contre le mandataire à des dommages-intérêts : mais ne perdons pas de vue, que les dommages-intérêts, ainsi qu'il résulte des termes de l'article 1149, sont la compensation de la perte éprouvée et du gain qu'on a manqué de faire : Il ne suffit donc point, pour être en droit d'en exiger, que le dommage soit éventuel ou même imminent : la loi exige un préjudice constaté : elle ne dit pas que le mandataire est soumis à des dommages-intérêts en cas d'inexécution du mandat; mais qu'il répond des dommages-intérêts *qui pourraient résulter de l'inexécution:* par conséquent, le mandant n'a pas d'action en dommages-intérêts contre le mandataire, si l'inexécution ne lui a causé aucun préjudice. *Mandati actio competit quum cœpit interesse ejus qui mandavit; ceterùm, si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenùs competit quatenùs interest.*

Je vous ai chargé de renouveler une inscription hypothécaire sur le point de tomber en péremption : lors même que vous n'auriez pas opéré ce renouvellement, je ne pourrais agir contre vous, si des

(1) Cass. 15 pluviôse an XIII. Bruxelles, 1er juin 1820.

(2) Pothier, n° 45. Paris, 9 mars 1811. Cass. 21 mai 1822. Bordeaux, 13 décembre 1831. Paris, 10 novembre 1842; 23 mars 1848. Dall., n. 194.

créanciers antérieurs avaient absorbé la valeur totale de l'immeuble ; puisqu'en réalité, je n'éprouverais aucun dommage (Dur., t. 18, n° 240).

Des événements de force majeure peuvent entraver ou empêcher l'exécution du mandat ; le mandataire doit alors s'empresser de prévenir le mandant, afin de se prémunir contre toute imputation de négligence (1).

La preuve de la force majeure incombe, comme de raison, au mandataire (2).

Le mandant doit faire tout ce qui dépend de lui pour faciliter l'accomplissement du mandat ; autrement, il affranchirait le mandataire de ses obligations : *mandans alteri aliquid fieri, ex naturâ mandati, intelligitur obligatus ad pecuniam providendam necessariam pro impedimento mandati* (3).

La mort du mandant est une des causes d'extinction du mandat (2003) : néanmoins, un principe d'équité a fait admettre que, nonobstant cet événement, le mandataire serait tenu d'achever la chose commencée ;—comme ce n'est point là une obligation qui naisse directement du mandat, la loi borne ce devoir au cas de péril en la demeure (*voy.* art. 1373). — En cas de contestation, le juge prononce eu égard aux circonstance sdu fait (Dur., n° 239 ; Demante, n° 136).

Remarquons surtout, que le mandataire n'est tenu d'achever l'affaire commencée que dans le cas seulement de mort du mandant : Rien de pareil ne lui est imposé quand il a été révoqué

1992 — Le mandataire répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion.

Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salaire.

= Le mandataire est soumis à une responsabilité plus rigoureuse que le dépositaire : en effet, ce dernier ne doit que de la fidélité ; le service qu'il rend n'exige pas autre chose : tandis que le mandataire est tenu, non-seulement de son dol et de sa faute lourde ; mais encore des suites de sa négligence; de la faute, en un mot, qui consiste dans l'omission des soins ordinaires d'un bon père de famille (4); de celle que les anciens auteurs qualifiaient de légère : La responsabilité dont il est tenu ne s'étend pas jusqu'à la faute très-légère (Troplong, n° 391).

(1) Troplong, n. 359. Cass. 9 juillet 1807. Rennes, 31 mars 1815. Bruxelles, 11 mai 1818.
(2) Troplong, n. 372. Aix, 6 août 1823.
(3) L. 12, § 2 ; L. 45, *mandati*. Troplong, 379. Bordeaux, 10 février 1846. D., p. 46, 4, 70.
(4) Le jugement qui déclare le mandataire responsable doit, à peine de nullité, constater la faute ou la négligence qu'on lui impute. Cass. 22 mai 1822.

Son peu d'habileté ne serait pas une excuse suffisante; car en se chargeant du mandat, en se faisant fort d'une aptitude qu'il n'avait pas, il a induit en erreur le mandant, qui aurait pu gérer l'affaire par lui-même ou la confier à un autre mandataire : il devait consulter ses forces, avant d'accepter : cet excès de présomption est une faute dont il doit supporter les conséquences (Pothier, nº 48).

Néanmoins, tout en déclarant, dans son 1er alinéa, que le juge doit user d'une égale sévérité contre le mandataire salarié et contre le mandataire gratuit, lorsqu'on leur impute des actes frauduleux (1), la loi prend soin d'ajouter, dans le 2e alinéa, que la responsabilité relative aux fautes, fussent-elles graves, doit être appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire : ainsi, le salaire resserre les liens du mandataire : Sur ce point, les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances (2). Notons seulement, qu'une fois la faute constatée, ils ne peuvent, sous prétexte de la gratuité du mandat, décharger le mandataire de tous dommages-intérêts.

Le mot *faute*, comprend ici tous les faits de nature à engager la responsabilité du mandataire ; tels que, la négligence, les retards, les actes d'indiscrétion, etc.; la responsabilité, on le conçoit, est plus ou moins étendue, suivant la nature de l'affaire qui fait l'objet du mandat.

Le mandataire n'est responsable, sauf conventions contraires, ni des cas fortuits, ni des accidents de force majeure, à moins qu'il ne soit en faute (Troplong, nº 413).

Si un événement de force majeure, tel qu'une maladie grave ou autre circonstance, le réduit à l'inaction, il doit, ainsi que nous l'avons déjà dit (p. 583), s'empresser d'avertir le mandant, afin qu'il puisse veiller à ses intérêts.

Le mandataire ne peut compenser avec le dommage qu'il a causé par sa faute, les profits qu'il a procurés dans une autre affaire ; car pour qu'il y ait compensation, il faut nécessairement que la même personne soit à la fois créancière et débitrice (1289) : or, telle n'est point la position du mandataire, puisqu'il s'est engagé à procurer des bénéfices et à ne point commettre de fautes (arg. de l'article 1850).

Nous supposons que les deux opérations sont entièrement distinctes : si elles étaient connexes ; si elles s'enchaînaient l'une à l'autre et constituaient une même opération, il y aurait lieu de compenser le bénéfice et la perte. — Par ex. : je suis chargé d'acheter 20 futailles à 7 fr. et de les faire remplir moyennant 30 fr. Je paye les

(1) Dur., t. 18, n. 240. Troplong, n. 393. Delv., p. 470, n. 1. Paris, 29 mars 1811. Aix, 23 avril 1813. Paris, 26 novembre 1816.

(2) Troplong, n. 393. Rennes, 20 août 1817. Cass. 2 janvier 1832, Dev., 1832, 1, 319; 29 avril 1819; 26 juillet 1839. Dall., n. 224 et 295.

futailles 7 fr. 50, mais je parviens à les faire remplir moyennant 29 fr. 50 : la compensation s'opérera (1) : Puisque le mandataire s'est montré vigilant dans un cas, on doit présumer qu'il n'a pas dépendu de lui d'agir plus activement dans l'autre.

Que doit-on décider, lorsque les intérêts du mandant et ceux du mandataire sont en opposition : par ex. en cas de naufrage, d'incendie ou autres cas de force majeure qui n'auraient pas permis au mandataire de sauver à la fois sa propre chose et celle que le mandant lui aurait confiée, le mandataire serait-il responsable, s'il avait laissé périr cette dernière chose? L'article 1882 prévoit ce cas, et il résout la question contre le commodataire : rien de plus équitable ; car le commodataire a manqué aux devoirs que lui imposait la reconnaissance : mais la position du mandataire est toute différente : loin de recevoir un service, c'est lui qui en a rendu un : on ne peut donc le traiter avec la même sévérité que l'emprunteur.

Que doit-on décider lorsque le mandat est salarié ? Suivant Troplong (n° 409), le mandataire doit alors au mandant le sacrifice de sa propre chose ; sa position est la même que celle de l'emprunteur; en recevant un salaire, il se rend l'*alter ego* du mandant et s'impose l'obligation de faire tout ce que ce dernier aurait fait s'il eût été présent.

Cette opinion nous paraît trop absolue: sans aucun doute, la considération que le mandataire reçoit une indemnité, rendra le juge plus rigoureux dans l'appréciation des faits; mais en définitive, il s'agit toujours d'un mandat, d'un acte de pure bienfaisance : pourquoi donc appliquer les règles établies pour les contrats qui n'ont point ce caractère ?

La faute du mandataire s'estime eu égard aux circonstances et suivant l'usage des lieux.

Le mandataire stipulerait valablement qu'il ne sera pas tenu des fautes qu'il commettra dans sa gestion. — Mais il ne peut s'affranchir de l'obligation d'exécuter le contrat avec bonne foi (Pothier, n° 50).

1993 — Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.

= Le mandataire doit rendre compte de sa gestion, que son mandat ait été gratuit ou salarié : cette obligation est commune à tous ceux qui ont géré les affaires d'autrui.

Le compte doit être rendu au mandant, encore bien qu'il ait

(1) Pothier, n. 52. Delv., p. 132, n. 7. Dur., n. 244. Zach., t. 3, p. 127 et 128. Troplong, n. 403 et 433.

perdu la qualité en vertu de laquelle il a contracté ; car le mandataire n'est obligé qu'envers lui. — Par ex.: si les affaires concernent un mineur, c'est au tuteur à recevoir le compte, lors même qu'il a été remplacé ; lors même que le mineur est devenu majeur ; car il ne devra pas moins justifier de sa bonne administration.

Toutefois, on accorde généralement à celui dont les affaires ont été gérées, le droit d'agir directement contre le mandataire (1994) ; sauf à ce dernier, à mettre son mandant en cause (1).

Dans ce compte, le mandataire doit faire raison (c'est-à-dire, se charger en recette) de tout ce qn'il a reçu directement ou indirectement, en vertu de sa procuration; même de ce qui n'était pas dû au mandant (2) : Rien de ce qu'il a fait, par suite du pouvoir qui lui était conféré, ne doit tourner à son profit: c'est envers le mandant qu'on a voulu se libérer; c'est lui qu'on a voulu payer ; c'est donc à lui qu'il faut remettre, en définitive, tout ce qui a été reçu en son nom (*Voy.* l'art. 1934) (3). — Bien plus, on admet que si un mandataire chargé de prêter de l'argent gratuitement, a stipulé néanmoins des intérêts, il devra tenir compte de ces intérêts au mandant (Dall., n° 250). — Le mandataire ne peut refuser de restituer la chose, qui lui a été confiée à titre de mandat sous prétexte que cette chose appartient à un tiers: on le considère comme un intérmédiaire ; son rôle est passif : tous les jours la chose d'autrui fait l'objet d'une spéculation commerciale. D'ailleurs, si des réclamations s'élèvent, c'est contre le mandant qu'elles seront dirigées.

Le compte doit en outre comprendre, non-seulement ce que le mandataire a recueilli ; mais encore ce qu'il a manqué de recueillir par sa faute : non-seulement ce qu'il a fait par lui-même ; mais encore les bénéfices que lui ont procuré les actes des substitués (*voy.* l'art. 1994) (Pothier, *Mandat,* n° 51) (4).

On fait déduction de la dépense sur la recette, et le mandataire devient débiteur du reliquat. — L'intérêt de ce reliquat, court à partir de la mise en demeure de payer.

Ici, s'élève une difficulté : lorsqu'il s'agit de sommes, les recettes se compensent avec les dépenses : point de doute à cet égard, lorsque les sommes dont le mandataire se trouve détenteur, et les débours qu'il a faits, sont le résultat de l'exécution du mandat (5).

Mais que doit-on décider, lorsque le mandataire a été chargé par le même individu, de deux opérations distinctes dans leur origine et dans leur résultat, par deux commissions séparées et dans des intérêts différents ? La compensation des sommes dues par le mandant,

(1) Delv., p. 241, n. 8. Rouen, 27 avril 1814.

(2) Toutefois, si le mandataire découvre que la chose a été volée, il doit se conformer à la règle de l'article 1938. Troplong, n. 426.

(3) Paris, 25 septembre 1812. Lyon, 23 août 1831. Dall., n. 251.

(4) Troplong. n. 431. Delv., t. 3, p. 472. Paris, 18 avril 1836. Dall., n. 255.

(5) Cass. 22 mai 1810. Bruxelles, 13 novembre 1817. Paris, 18 avril 1836. Dall., n. 259.

pour l'une des opérations, ne peut avoir lieu avec celles qu'il peut exiger à l'égard de l'autre (1).

Quels sont les droits du mandataire quand il s'agit d'un corps certain que le mandataire a été chargé d'acheter, s'il a payé tout ou partie du prix avec ses propres deniers ? (voy. *infra* quest.)

Le mandataire ne peut être dispensé, même par le contrat, de l'obligation de rendre compte : une telle clause serait réputée non écrite, comme contraire à l'essence du mandat (2); car elle aurait pour résultat de convertir le mandat en une libéralité : ces mots de l'article 1993 : tout *mandataire*, sont absolus, — jugé, que la femme elle-même, mandataire de son mari, n'est pas exceptée (3).

Cependant, on peut valablement convenir, que le mandant se contentera des déclarations du mandataire sur le résultat de la gestion.

La reddition du compte n'est soumise à aucune règle spéciale.

Le compte doit être appuyé de pièces justificatives, telles que lettres, factures, recépissés, livres de commerce régulièrement tenus, etc. — Les tribunaux ont égard aux circonstances pour l'appréciation des moyens justificatifs, notamment aux rapports de parenté et d'affection plus ou moins étroits, qui existent entre le mandant et le mandataire (4). — En certains cas, le mandat reçoit même son exécution sans laisser aucune trace (5); c'est ce qui arrive, lorsqu'un chef de maison donne des commissions à ses employés ou à ses domestiques.

L'action en reddition de compte ne se prescrit que par 30 ans (2262) (6). — Le délai court du jour où les services du mandataire ont cessé (2219, 2229, 2236, 2262).

Si le mandataire s'est chargé de plusieurs affaires distinctes pour le même mandant, la prescription court, pour chaque affaire particulière, du jour où elle a pris fin (7).

—Nous avons admis, que le mandataire chargé de prêter de l'argent sans intérêts à un tiers désigné doit compte au mandant des intérêts qu'il a reçus contrairement à son mandat : — Que devrait-on décider, s'il avait prêté cet argent à une autre personne à ses risques et périls ? — Suivant la loi romaine, le mandataire ne devait pas compte des intérêts (L. 10, § 8, ff. *mandati* ; L. 13, § 1er, ff. *commod.*) ; — mais Troplong (n. 417) combat cette décision : il fait remarquer avec raison, que le mandataire a violé son mandat ; que par le fait, il s'est mis nécessairement en

(1) Cass. 31 janvier 1828. Dall., n. 260.

(2) Bruxelles, 15 juillet 1817. Jugé, il est vrai, par arrêt de Cassation du 24 août 1831, (Dev., 1831, 1, 306), que la dispense de rendre compte peut être déclarée licite et valable : mais dans l'espèce, il s'agissait d'un mandat intervenu entre un père et son fils. La Cour a considéré la clause comme constitutive d'une libéralité. — Troplong, n. 415, admet, sans distinction, que le mandataire peut être dispensé de rendre compte.

(3) Cass. 18 décembre 1834.

(4) Paris, 17 février 1821. Aix, 15 janvier 1828. Dall., Cont. de Mar., n. 1606. Paris, 3 mai, 1845. Dall., 1845, 4, 489.

(5) Rolland, v° Mandat, n. 177. Paris, 22 juin 1827. Cass. 12 janvier 1830.

(6) Bordeaux, 5 février 1827. Cass. 29 juillet 1828.

(7) Bruxelles, 28 juillet 1827

demeure ; que dès lors il ne peut se faire un moyen de sa faute pour se créer un avantage.

Si le mandataire perd par force majeure les espèces dont il est détenteur par suite du mandat, la perte sera-t-elle pour son compte ou pour celui du mandant? ~~~ Distinguons : lorsqu'il s'agit d'un corps certain, même de deniers qui doivent être rendus *in individuo* (ce que l'on présume quand ils sont remis dans un sac cacheté; la perte est pour le mandant), suivant la règle : *res perit domino*; — mais dans le cas contraire, par ex. lorsqu'il s'agit d'espèces *in genere* (*pecuniâ numeratâ*) la perte est pour le mandataire, puisqu'on doit le considérer comme dépositaire irrégulier (1).

Le mandataire qui a reçu mandat de faire des actes illicites, doit-il compte au mandant des bénéfices que ces opérations lui ont procuré? ~~~ On décide unanimement, que le mandant ne doit pas être écouté ; car il se ferait ainsi un titre de sa propre turpitude (2).

Que doit-on décider, si le mandataire s'est servi de la chose, sans ordre, pour en retirer des profits injustes ou illicites, par exemple, pour faire la contrebande ou l'usure ? ~~~ Suivant Troplong (n. 422 et suiv.), le mandant peut lui demander compte de ces profits : « Sur quoi donc, dit-il, se fonderait la rétention prétendue par le mandataire ?... L'intérêt public et la morale veulent que l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas des profits qui l'encouragent à mal faire : dans le doute, il vaut mieux préférer l'interprétation la plus défavorable à celui qui a offensé l'honnêteté publique et la mieux appropriée à sa punition ? » ~~~ Cette opinion s'appuie sur l'autorité de nos anciens jurisconsultes ; mais elle doit fléchir devant cette considération toute-puissante, qu'en recueillant de tels bénéfices le mandant se rendrait complice du mandataire (3).

Nous avons admis, que le mandataire doit tenir compte au mandant de tous les profits qu'il a faits en exécution de son mandat; tout en lui reconnaissant le droit, s'il a reçu des sommes d'argent, de retenir sur ces sommes le montant de ses débours :— Mais supposons, qu'ayant été chargé de faire une acquisition, il ait fait cette acquisition en son nom personnel : sera-t-il réputé avoir acquis pour le mandant? ~~~ Pothier (n. 59), se prononce pour l'affirmative, quand il s'agit d'un corps certain : « par ex., dit-il, si j'ai chargé quelqu'un de m'acheter une certaine chose, le mandataire qui s'est chargé de mon mandat et qui a acheté et s'est fait livrer cette chose doit me la restituer, *quand même il en aurait fait l'achat en son nom.* » ~~~ Cette opinion est admise par Dalloz, n. 211 et 390 ; mais elle est contraire à la règle établie par l'article 1984 : en effet, le mandataire qui traite en son nom personnel, s'oblige seul et n'engage pas son mandant vis-à-vis des tiers, non plus que ceux-ci envers le mandant; ce n'est point au mandant, mais au mandataire que le tiers vendeur a entendu vendre et conférer la propriété. — De ce principe, Duranton, n. 264, t. 18, tire les conséquences suivantes : elles sont parfaitement fondées en droit :

Le mandataire a le privilége attaché à la qualité de vendeur, s'il a livré la chose au mandant; savoir : en vertu du n. 4 de l'article 2102, si c'est un meuble; en vertu de l'article 2103, si c'est un immeuble ; s'il n'a pas encore livré la chose au mandant, il peut la *retenir* tant que ses avances ne lui sont pas remboursées, que ce soit un meuble ou un immeuble (4).

Supposons maintenant que le mandataire ait acheté la chose au nom du mandant, mais qu'il ait payé cette chose de ses deniers : quelle sera sa position pour le remboursement de ses avances? ~~~ Il a été jugé par la cour de Bordeaux, que

(1) Troplong, n. 438.
(2) Troplong, n. 420.
(3) Dall., n. 250 et 269. Metz 6 février 1824.
(4) Cass. 20 novembre 1839. Dall., n. 249.

le mandataire n'avait point le droit de rétention pour le remboursement de ses avances, que les objets fussent meubles ou immeubles, et qu'il ne pouvait comme tout autre créancier qu'agir par les voies de droit pour se faire payer : — Dans ce système, on dit que le titre du mandat ne renferme aucun article qui établisse le privilége exorbitant du droit commun, de la rétention des biens du débiteur au profit du créancier (1). — Dur., n. 264, distingue : en ce qui concerne les meubles, le mandataire a le droit de rétention (2) ; mais il ne jouit pas de ce droit quand il s'agit d'immeubles. — Pothier (n. 58 et 59) accorde au mandataire le droit de rétention pour le remboursement de ses avances, *veluti quodam pignoris jure*, lorsqu'il s'agit de corps certains, sans distinguer si la chose est mobilière ou immobilière. — Nous admettons cette dernière opinion, bien que le droit de rétention ne soit pas écrit dans la loi : L'article 2102, n. 3, présente un argument péremptoire en matière de meubles ; quant aux immeubles nous ne comprenons pas que le mandataire puisse être condamné à s'en dessaisir, si le mandant n'offre pas de remplir ses propres engagements et qu'on puisse lui enlever son gage, pour le réduire au rôle de simple créancier : Une telle décision serait inique, si elle n'était injuste. — Du reste nous reconnaissons avec Duranton, que dans notre hypothèse le mandataire n'a point de privilége : il faudrait pour cela qu'il eût été obligé comme caution au payement du prix (1251, n. 3), ou que le vendeur l'eût subrogé à ses droits (1250 1°) (3).

1994 — Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée.

= En principe, le mandataire doit agir par lui-même, puisqu'il a été choisi en considération de son zèle, de son industrie, de son crédit et de sa fidélité : par suite, notre article le déclare responsable dans les deux cas suivants, de la personne qu'il s'est substituée :

1° Quand il n'a pas reçu le pouvoir général de se substituer quelqu'un : en remettant ses pouvoirs à une tierce personne, il agit à ses risques et périls (4) ; car il excède les bornes de son mandat, et trompe même jusqu'à un certain point la confiance du mandant : En réalité le substitué est son mandataire.

La responsabilité devient plus étroite, si son mandat lui interdit de se faire remplacer : on considère alors la substitution comme nulle à l'égard du mandant et des tiers qui auraient traité avec le substitué (arg. de l'art. 1119).

Il va sans dire, que le mandataire est responsable envers le man-

(1) Bordeaux, 14 janvier 1830. Bruxelles, 27 octobre 1819. Dall., n. 261, sur l'art. 1993.
(2) Bruxelles, 13 juin 1810.
(3) Cette opinion est admise par Troplong, n. 669.
(4) Troplong, n. 450. Cass. 21 août 1837. Dall., n. 282.

dant, des fautes préjudiciables commises par le substitué dans sa gestion (1).

2° Lorsqu'il a reçu le pouvoir dont il s'agit, d'une manière générale, sans désignation de personne : en ce cas, bien que le mandant soit présumé vouloir s'en rapporter au mandataire, l'autorisation qu'il lui donne, renferme l'ordre tacite de ne se faire remplacer que par un homme digne de confiance : toutefois, la responsabilité du mandataire n'est engagée, qu'autant qu'il a fixé son choix sur une personne *notoirement* incapable ou insolvable.

La responsabilité du mandataire s'apprécie plus rigoureusement, lorsque le mandat est salarié 1992) : En ce cas, dit Troplong, (n° 455), il ne suffit pas que le substittué ne soit pas notoirement incapable ou insolvable; il faut, pour dégager le mandataire vis-à-vis du mandant qu'elle soit notoirement capable, solvable et honnête (Troplong, n. 455).

Lorsque le substitué réunit toutes les conditions qui constituent un bon choix, le mandataire cesse d'être responsable, bien que le mandat soit salarié : Si l'affaire n'est pas bien conduite, on considère alors ce fait comme un cas de force majeure ; le mandant doit en subir les conséquences.

L'autorisation de substituer peut être expresse ou tacite :

L'autorisation *expresse* peut être donnée soit dans l'acte même de procuration, soit par un acte postérieur. — L'autorisation *tacite* a lieu, lorsque le mandat a pour objet certains actes que le mandataire est dans l'impuissance d'accomplir lui-même, ou qui nécessitent l'adjonction d'un ou plusieurs auxiliaires (2).

Bien que la substitution ait eu lieu avec l'autorisation du mandant, le mandataire n'est pas toujours dispensé de donner ses soins à l'exécution du mandat : Tout dépend de la nature de l'affaire et des circonstances (Troplong, n. 462 et suiv.).

Quid si le pouvoir désigne la personne ? le substitué devient l'homme du mandant; la responsabilité du mandataire cesse, à moins qu'il ne soit survenu, depuis le mandat, des causes d'empêchement dont il ait été instruit et qu'il ait dissimulé au mandant : cette dissimulation est alors un dol (Troplong, n° 451; Dur., n° 252).

La dernière disposition de notre article, confère au mandant la faculté d'agir contre le substitué *directement* ; c'est à dire, en son nom et sans avoir besoin d'invoquer l'art. 1166 : les rapports du mandant avec le substitué sont les mêmes que ceux du mandant avec le mandataire (3). — Quand la procuration a été confiée avec désignation d'une personne, cette disposition se justifie aisément ; car le substitué devient alors le procureur direct du mandant.

(1) Dur., n. 252. Troplong, n. 449.
(2) Troplong, n. 461. Nancy, 31 août 1832. Dall., n. 288.
(3) Paris, 10 novembre 1812. Cass. 8 juillet 1814.

— Mais il y a plus de difficultés, lorsque le substitué n'a pas été désigné : en effet, comme la personne que le mandataire choisit ne tient pas ses pouvoirs du mandant, mais du mandataire, il semble, au premier abord, qu'on ne doive accorder d'action au mandant que contre le mandataire seul, sauf le recours de ce dernier contre le substitué : mais les mêmes raisons qui ont fait accorder à certains créanciers le droit d'agir directement contre le débiteur de leur débiteur (1753, 1794, 1798, C. c.; 820, Pr.), ont fait admettre que le mandant pourrait agir directement contre le substitué (Troplong, n. 487).

Il suit de là, que le produit de l'action ne profitera pas au mandataire, mais au mandant comme provenant de sa chose (1).

Nous supposons que le substitué n'a pas exécuté ponctuellement son mandat et qu'il n'a pas rendu de compte à son mandant direct : Evidemment, le mandant originaire ne pourrait avoir d'action contre lui, s'il était libéré (2).

— Lorsque le mandataire se trouve atteint d'un empêchement imprévu, qui ne lui permet pas de faire par lui-même ce qu'exige le mandat, est-il autorisé tacitement à nommer un substitué ? — Si l'affaire ne doit point péricliter par suite du retard, il suffit au mandataire de donner au mandant avis de ce qui se passe : ce dernier doit alors prendre les mesures que commandent les circonstances ; tous les auteurs sont d'accord sur ce point. — Mais *quid*, si l'urgence est telle que le retard puisse préjudicier au mandant ? Ne doit-on pas admettre pour ce cas une nouvelle exception à la règle que le mandataire doit agir par lui-même ? — Delamarre et Lepoitevin distinguent : *en matière commerciale*, le mandataire a la faculté de se donner un remplaçant ; il est censé agir, non comme *negotiorum gestor*, mais en vertu du pouvoir qui résulte implicitement et virtuellement de son mandat ; Par conséquent, il se trouve affranchi de toute responsabilité, s'il a choisi une personne notoirement capable, solvable et honnête : L'affaire est alors aux risques et périls du mandant ; ce dernier n'a d'action que contre le substitué. — *En droit civil*, la position est bien différente : en se donnant un remplaçant, le mandataire agit comme *negotiorum gestor* ; par conséquent, il répond même de la négligence de ce remplaçant. — Troplong (n. 474) combat ce système : il démontre que l'on doit appliquer en droit civil, les règles que les auteurs précités restreignent aux matières commerciales : le texte, dit-il, n'est pas tellement précis, tellement absolu, qu'on ne puisse le limiter par des exceptions. — Nous pensons également que tel est l'esprit de la loi : La question a été agitée au Conseil d'Etat : le consul Cambacérès voulait que l'on défendît formellement au mandataire de substituer, lorsqu'il n'y avait pas été autorisé par le mandant, ce dernier n'ayant accordé sa confiance qu'au mandataire et non à celui par lequel il se ferait remplacer. — MM. Treilhard et Tronchet prirent successivement la parole ; puis M. Berlier résuma ainsi la discussion : « La « disposition proposée par le consul aurait pour tout résultat, beaucoup de ri- « gueur sans utilité : D'abord, il ne faut pas perdre de vue, que le mandat est gra- « tuit de sa nature et qu'en matière de bons offices, il ne faut pas faire la loi trop « dure à celui qui les rend. — En second lieu, la loi ne doit pas prescrire des « obligations telles que, dans certaines circonstances, il devienne presque louable « d'y déroger ; comme cela arriverait, si le mandataire tombait malade dans un mo-

(1) Dur., n. 251. Delv., p. 240, n. 3.
(2) Troplong, n. 487. Cass. 13 mai 1819.

« ment où l'intérêt même du mandant exigerait quelques démarches actives. Enfin « qu'y a-t-il de mieux que la responsabilité établie par l'art. 12 (art. 1994) ? Si « celui que le mandataire s'est substitué fait mal, le mandataire en répondra; mais « s'il fait bien, quelle action le mandataire pourrait-il avoir, lors même que la « clause prohibitive existerait ? elle serait donc inutile? » Le consul Cambacérès se « rendit ces observations (1). » — Cette discussion démontre, qu'en matière civile comme en matière commerciale, le mandataire peut et doit, en certaines circonstances où il se trouve empêché, se faire remplacer comme s'il en avait reçu le pouvoir, et que ce pouvoir résulte virtuellement du mandat; que l'art. 1994, en un mot, souffre une nouvelle exception au cas d'empêchement causé par une force majeure; qu'en faisant choix d'un remplaçant, le mandataire agit non comme *negotiorum gestor*: mais en vertu de son mandat et qu'il se trouve dès lors soumis à la responsabilité réglée par l'art. 1994 2° (2).

1995 — Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée.

= Cet article règle la question de solidarité passive entre les mandataires constitués par le même acte.

A Rome, les mêmes raisons qui faisaient déclarer le mandataire responsable du fait de son substitué, portaient à décider qu'il y aurait solidarité entre les divers mandataires chargés de la même affaire. Les auteurs du Code ont dû rejeter cette doctrine : en effet, il était conséquent d'appliquer particulièrement à un contrat qui prend sa source dans un service officieux, la règle que la solidarité ne se présume pas (1202) :

Ainsi, le mandant auquel il est dû des dommages-intérêts pour faits de mauvaise gestion, ne peut obtenir que des condamnations séparées contre ses divers mandataires, chacun pour sa part et portion, bien qu'ils aient été constitués par un seul et même acte, s'ils ne se sont point engagés solidairement envers lui.

Jugé, que la solidarité ne peut être prononcée contre deux mandataires chargés d'encaisser des fonds et de les faire parvenir au mandant, encore qu'ils aient signé conjointement la quittance (3).

Jugé en outre, que si plusieurs syndics ont été nommés dans une faillite, la faute grave commise par l'un d'eux ne donne pas lieu à des poursuites solidaires, à moins que cette faute ne soit commune (4).

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'art. 1033 : — cet article règle un cas spécial : Le législateur a considéré, que les exécuteurs testamentaires étant des mandataires nommés par le testateur, il fallait donner aux héritiers des garanties exceptionnelles.

Il est bien entendu, que la division de l'action contre les divers mandataires, est sans préjudice de l'action pour le tout (*in soli-*

(1) Fenet, t. 14, p. 593.
(2) Troplong, n. 466 et suiv.
(3) Aix, 29 décembre 1843. Dall., n. 294. Dev., 1844, 447. Pal., 1844, 2, 426.
(4) Lyon, 30 août 1836. Dall., Faillites, n. 501. Cass. 26 juillet 1836. Dall., n. 295.

dum) contre celui d'entre eux qui, par son fait, aurait causé du tort au mandant, ou aurait touché des sommes dont il serait reliquataire : C'est là un principe général.

Notre article suppose que le mandant exerce des poursuites contre les mandataires, pour inexécution du mandat, pour un fait de mauvaise gestion, ou à raison de sommes qu'ils ont touchées : — Il n'est pas douteux, que si les co-mandataires avaient commis de concert une fraude dans l'accomplissement de leur mandat, et *à fortiori* un délit d'abus de confiance (408 C. pén.), une action solidaire en dommages-intérêts serait ouverte contre eux, pour réparation du préjudice causé au mandant (1).

L'art. 1995 n'est pas applicable en matière commerciale : Les commerçants qui s'obligent conjointement, sont toujours solidaires *ipso jure* (2).

Les mandataires constitués par le même acte peuvent agir séparément si cette faculté ne leur est pas interdite (1858) (3).

Lorsque plusieurs mandataires ont été nommés par des actes distincts, pour les mêmes affaires, avec déclaration que le deuxième acte ne révoquera pas le premier, on doit voir là, non un seul mandat ; mais des mandats divers pour l'exécution desquels chaque mandataire est responsable *in solidum* (4).

1996 — Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure.

= Le mandataire doit gérer les affaires de son commettant, sans tirer de sa gestion aucun bénéfice : par suite, il est déclaré débiteur (c'est-à-dire comptable), dans deux cas, de l'intérêt des sommes qu'il a touchées pour le mandant :

1° Lorsqu'il a employé ces sommes à son usage;

2° Lorsqu'il en est reliquataire :

Au premier cas, l'intérêt court de plein droit contre le mandataire, à compter du jour de l'emploi ; lors même que les deniers ont été versés dans ses mains, pour rester oisifs, à la disposition du mandant (5); peu importe qu'ils consistent en intérêts payés par des tiers débiteurs : les intérêts sont entre les mains du mandataire de véritables capitaux.

Les intérêts sont dus au taux légal de 5 ou 6 pour cent, suivant que la dette est civile ou commerciale (6).

(1) Dur., n. 254. Cass. 7 août 1837. Pal., 1837, 2, 374. Dev., 1837, 1, 889.
(2) Troplong, n. 497. Paris, 28 avril 1836. Dall., n. 302.
(3) Delv., p. 132, n. 12. Troplong, n. 495.
(4) Dur., n. 255. Troplong, n. 495. Bordeaux, 2 août 1833. Dall., n. 299.
(5) Cass. 17 février 1836 ; 9 août 1843. Pal., 1843, 1, 470.
(6) Caen, 16 février 1842. Dall., n. 269.

Nous étendrons cette décision au cas où le mandataire serait débiteur personnel du mandant ; car *debuit à semetipso exigere.*

Comme la mauvaise foi ne se présume pas, il est clair que c'est au mandant à faire preuve de l'emploi; d'ailleurs, le demandeur doit justifier son action (1).

Le payement de l'intérêt légal, n'est pas la seule peine imposée au mandataire qui emploie à son usage les deniers de son commettant : de plus amples dommages-intérêts peuvent être prononcés contre lui, s'il y a lieu : par ex., lorsqu'à défaut de payement, le mandant a été poursuivi par son créancier:—*Nec obstat* l'art. 1153 : l'obligation du mandataire ne se borne pas, dans l'espèce, à une certaine somme; elle consiste à faire quelque chose (2).

Les intérêts des sommes que le mandataire a employées à son usage ne se prescrivent que par trente ans (2262) : La prescription quinquennale a été introduite principalement comme une peine infligée au créancier qui, muni d'un titre, a négligé d'en poursuivre l'exécution : dans l'espèce, les intérêts ne sont point dus par le mandataire à raison de sa gestion ; mais à cause de l'emploi illicite qu'il a fait des sommes versées entre ses mains (3).

Le mandataire infidèle (salarié ou non salarié) encourt les peines prononcées contre l'abus de confiance, par l'art. 408 du Code Pénal (4).

Le mandataire qui s'est servi de l'argent du mandant, avec le consentement de ce dernier, doit-il l'intérêt de plein droit? Non evidemment : l'art. 1990 suppose le cas d'abus; or, ce caractère disparaît, lorsque le mandataire a obtenu l'autorisation d'employer les deniers à ses affaires personnelles : sa position est alors semblable à celle d'un emprunteur : en conséquence, il ne doit l'intérêt qu'à partir de la demande, sauf stipulation contraire, auquel cas, il faut se conformer à la convention. — Dans notre espèce, la prescription s'opère même par 5 ans : les règles du mandat ne sont pas applicables (Troplong, n. 502; Dall.,n. 268).

Passons au cas où le mandataire peut être tenu des intérêts comme reliquataire :

Lorsque le mandataire est comptable des sommes qu'il a reçues, non comme ayant employé ces sommes à son usage, mais comme reliquataire, les intérêts ne courent contre lui qu'à partir du jour où il a été mis en demeure.

Le mandataire comptable peut être mis en demeure, non-seulement par une demande judiciaire ; mais encore par tous les moyens

(1) Troplong, n. 503 et suiv. Dur., n. 246. Rennes, 16 janvier 1818. Bordeaux, 1er juin 1827. Douai, 6 janvier 1849. D., p. 49, 2, 96. Cass. 21 juin 1837. Pal., 1838, 1, 152.

(2) Dur., n. 246 et suiv. Zach., t. 3, p. 128. Troplong, n. 504.

(3) Troplong, Prescrip., n. 1028. Vazeille, Prescrip., t. 2, n. 612. Cass. 22 mai 1822. Liége, 10 juillet 1833. Dev., 1834, 2, 132. Cass. 7 mai 1845. Dev., 1845, 1, 644. Pal., 1845, 2, 550.

(4) Dur., n. 249. Cass. 3 juin 1841 ; 16 octobre 1840 ; 3 août 1842. Dall., n. 273.

énoncés en l'art. 1139 : c'est là une nouvelle exception à la règle de l'art. 1153 (1).

Il a même été jugé, que la mise en demeure pouvait résulter de la correspondance des parties, lorsque le mandat est commercial (2).

Mais une demande en reddition de compte ne suffirait pas pour faire courir les intérêts contre le comptable : La loi exige que le demandeur ait conclu au payement du reliquat (3).

L'action du mandant, en reddition de compte, et réciproquement, l'action du mandataire, pour réclamer l'indemnité de ses peines et soins, se prescrit par 30 ans comme toute action personnelle (2262). —La prescription court du jour de l'accomplissement du mandat(4).

—Le mandataire doit-il l'intérêt des capitaux qu'il a laissés oisifs ? — *Oui* en certains cas : par ex., s'il eût pu acquitter avec ces capitaux une dette productive d'intérêts : alors il y a eu faute de sa part (1149).

1997 — Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il a contracté en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà s'il n'y est personnellement soumis.

= L'art. 1997 règle les rapports du mandataire avec les tiers.

Lorsque le mandataire agit en son nom personnel, pour l'affaire qui fait l'objet de son mandat, lui seul se trouve lié directement vis-à-vis des tiers : le mandant n'a point d'action contre eux ; ils n'ont point d'action contre lui (5).

Le mandataire qui agit en cette qualité, ne contracte aucun engagement personnel s'il se renferme dans les limites de ses pouvoirs ; car l'affaire est censée conclue directement avec le mandant (6). Les tiers ont donc le plus grand intérêt à se faire représenter la procuration, pour en connaître l'étendue.

On admet généralement, que le mandataire n'est pas tenu d'établir son identité, à moins de circonstances particulières (7).

Quelle est la position du mandataire vis-à-vis des tiers, s'il a excédé ses pouvoirs, bien qu'il ait agi comme mandataire ? Les tiers n'ont point d'action contre le mandant : mais peuvent-ils exercer des

(1) Dur., n. 248. Troplong, n. 508. Bourges, 13 avril 1840. Pal., 1840, 2, 605. Les articles 474 et 1652 consacrent de nouvelles exceptions.

(2) Troplong, n. 509. Cass. 15 mars 1821.

(3) Douai, 6 janvier 1849. D., p. 49, 2, 96.

(4) Cass. 29 juillet 1828 et 14 mai 1829. Bordeaux, 5 février 1827.

(5) Pothier, Mandat, n. 38. Dur., t. 18, n. 99. Troplong, n. 519 et suiv.

Mais le mandant peut contraindre son mandataire à lui céder ses droits contre les tiers avec lesquels il a contracté, à peine de tous dommages-intérêts. (Troplong, n. 523 et 528.)

(6) Troplong, n. 516. Colmar, 5 mars 1810. Cass. 24 mars 1825 ; 17 juillet 1838. Bordeaux, 25 juillet 1838. Paris, 12 août 1850 ; 24 août 1845. Dall., n. 303.

(7) Troplong, n. 518. Dall., n. 304.

poursuites contre le mandataire ? La loi distingue :

Lorsque les tiers ont été fondés à croire que le mandataire agissait conformément à son mandat, ils peuvent le poursuivre personnellement pour tout ce qu'il a fait au-delà ; Bien entendu, si le mandant ne ratifie pas : le mandataire est responsable de ses actes ; il ne peut raisonnablement se plaindre qu'on ait eu foi dans sa déclaration ; — *à fortiori* doit-on décider ainsi, lorsqu'il s'est *porté fort* (1).

Lorsque les tiers ont eu pleine connaissance des pouvoirs du mandataire, ils doivent s'imputer le dommage qu'ils éprouvent : *volenti non fit injuria* (2) ; — comme de raison, c'est au mandataire à établir ce fait, puisqu'il prétend s'affranchir des poursuites dirigées contre lui (3). D'ailleurs, l'art. 1997 lui impose l'obligation de donner connaissance de ses pouvoirs, à la partie avec laquelle il contracte. Les tribunaux sont appréciateurs de ce point de fait (4).

Ainsi, Pierre me donne mandat d'acheter pour lui votre maison moyennant 10,000 fr ; je l'achète pour le prix de 15,000 fr. : le mandant ne ratifie pas : quelle sera ma position ? Si je vous ai donné connaissance de mes pouvoirs, vous n'aurez point d'action en garantie contre moi ; dans le cas contraire vous pourrez me poursuivre.

Mais que devrait-on décider si j'avais acheté cette maison 8,000 fr. : Pierre pourrait-il me contraindre à la lui livrer pour ce prix ? L'affirmative n'est pas douteuse : le chiffre de 10,000 fr. a été seulement fixé comme une limite que je ne pourrais dépasser : mon mandat portait virtuellemeut pouvoir d'acheter pour un moindre prix, si cela était possible.

Nous avons supposé, dans les espèces qui précèdent, que le mandataire s'est rendu acquéreur en cette qualité : s'il avait agi en son nom personnel, le mandant aurait le droit d'exiger des dommages-intérêts, pour inexécution du mandat ; mais il ne pourrait le contraindre à lui livrer la maison.

Lorsqu'il est notoire que l'affaire se fait pour le mandant, est-il nécessaire, pour que le mandataire soit affranchi de toute responsabilité, que les tiers aient eu connaissance de ses pouvoirs ? Pothier (n. 88) s'exprime ainsi sur la question : « Le mandant, en ce cas, est censé « accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour « ses affaires, et de cette obligation accessoire du mandant, naît une « action qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont contre le mandant

(1) Troplong, n. 589 et suiv. Grenoble, 1er mars 1845. Pal., 1845, 2, 784. D., p. 48, 2, 32. Limoges, 25 mars 1846. Dall., n. 307. Nîmes, 10 décembre 1850. D., p. 51, 5, 351.

(2) Troplong, *ibid.* Paris, 12 août 1850. Dall., Faillite, n. 502. Cass. 24 août 1833. Dall. *ibid.*

(3) Douai, 12 novembre 1840. Dall., n. 305. — Suivant Delv., p. 241, n. 6, la présomption est en faveur du mandataire ; Mais comment assujettir les tiers, à établir une preuve négative ? D'ailleurs, le mandataire qui excède ses pouvoirs n'est pas de bonne foi.

(4) Troplong, n. 592. Cass. 26 juin 1845. D., p. 56, 5e partie, vo Mandat.

« ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du « mandant (1). »

Suivant MM. Delamarre et Lepoitevin, le préposé est seul obligé, puisqu'il n'a jamais pris la qualité de mandataire; puisque le prétendu commettant ne s'est jamais montré (2).

Cette dernière théorie serait dangereuse; car elle faciliterait les fraudes envers les tiers. Le système de Pothier doit être admis sous l'empire du Code, lorsque les tiers ont contracté en considération de la personne du mandant (3).

Il résulte des mots qui terminent notre texte, que le mandataire est obligé envers les tiers, pour tout ce qu'il a fait au-delà de son mandat, bien que le mandant ait ratifié, lorsqu'il s'est personnellement soumis à cette garantie (4).

Dans quels cas le mandataire est-il reputé avoir excédé ses pouvoirs ? (Voyez art. 1998.)

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

Le mandant peut se trouver obligé, par suite du pouvoir qu'il a conféré, soit envers des tiers, soit envers le mandataire.

Le mandataire a contre le mandant l'action *mandati contraria*, pour le remboursement de ce qui lui est dû à raison de son mandat et pour se faire décharger des obligations qu'il a contractées.

Il a un privilége, lorsqu'il a fait des frais pour la conservation de la chose (2102); mais ce droit ne lui est pas accordé pour le remboursement des impenses voluptuaires ou même utiles.

Indépendamment d'un privilége pour les frais de conservation dont il a fait avance, il peut se prévaloir du droit de rétention contre le mandant ou ses représentants tant que ces frais ne lui sont pas remboursés. — Il jouit du même droit pour les impenses utiles, bien que ces frais ne soient pas privilégiés (5).

L'art. 1998 fixe sa position vis-à-vis des tiers, et les articles suivants déterminent l'étendue de ses obligations vis-à-vis du mandataire.

1998 — Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

(1) Rennes, 17 janvier, 9 février, 27 mars 1832.

(2) Ils s'appuient sur deux arrêts de la Cour de Rennes que nous n'avons pu trouver.

(3) Troplong, n. 536 et suiv, 544.

(4) Cass. 13 novembre 1817; 11 avril 1831; 10 août 1821; 16 août 1831; 19 janvier 1832. Dall., n. 309.

(5) Troplong, n. 176, t. 1er, Hyp., n. 698 et suiv., Mandat.

Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.

= Cet article contient deux dispositions : la première détermine l'étendue des obligations du mandant lorsque le mandataire s'est renfermé dans les bornes de son mandat ;

La deuxième suppose que le mandataire a excédé ses pouvoirs.

Lorsque le mandataire s'est renfermé dans les limites qui lui ont été tracées, on distingue :

S'il a contracté en qualité de mandataire, *procuratorio nomine*, il n'est soumis à aucune obligation personnelle envers les tiers ; car il s'est borné à interposer son ministère : Les actes ainsi passés ne profitent qu'au mandant et n'obligent que lui. — S'il a contracté en son propre nom, les créanciers peuvent le poursuivre personnellement, sauf, bien entendu, son recours contre le mandant, puisque l'affaire concerne ce dernier.

Le principe que les tiers n'ont pas d'action contre le mandant non déclaré, souffre néanmoins exception, lorsqu'il est notoire que l'affaire s'est faite pour lui : Nous avons vu, en effet, que les mandats tacites ont la même autorité que les mandats exprès; dès lors, le mandant doit respecter ce qui a été fait en son nom, pourvu que le mandataire n'ait pas excédé les limites de son mandat (1983) (1).

Lorsque le mandataire a traité avec un tiers, non en sa qualité de mandataire, mais en son propre nom, ce tiers a-t-il une action *directe* contre le mandant, et, *vice versâ*, le mandant peut-il poursuivre *directement* le tiers ? Le mandant ne peut agir contre le tiers que comme cessionnaire de l'action du mandataire, et réciproquement, ce tiers doit obtenir du mandataire la cession de son action contre le mandant ; autrement l'un et l'autre ne pourraient invoquer que l'art. 1166 (2).

Il est évident que le mandant n'est pas tenu d'exécuter ce qui a été fait au delà des pouvoirs qu'il a donnés, à moins qu'il n'ait ratifié soit expressément, soit tacitement l'engagement : la ratification, équivaut alors à un mandat : *ratihabitio mandato æquiparatur*.

En matière de mandat, la ratification expresse n'est pas soumise aux règles prescrites par l'article 1338 ; elle peut résulter de factures, bordereaux, actes sous seings privés, et même de lettres missives adressées à la personne qui invoque la ratification (3) : L'article 1998 traite de la ratification d'actes auxquels le maître est resté étranger; l'article 1338 suppose le cas de ratification de contrats

(1) Troplong, n. 536 et suiv., 602. Cass. 15 février 1830. Caen, 22 janvier 1813. Paris, 13 septembre 1828 ; 28 avril 1838. Dev., 1838. 2, 248.

(2) Troplong, n. 522, 535, 597 et suiv.

(3) La partie intéressée ne peut se prévaloir des lettres missives adressées à des tiers; car ces lettres sont réputées confidentielles (Cas. 4 avril 1821 ; 12 juin 1823).

et actes nuls ou rescindables auxquels on a été partie par soi-même, ou par ses auteurs (1).

La ratification peut même être tacite; l'art. 1998 le déclare formellement : Ainsi, tout fait quelconque d'où résulte une approbation, vaut une déclaration expresse. —Ce texte suffirait pour renverser la théorie de certains auteurs qui contestent l'efficacité du mandat tacite (*Voyez* p. 567).

La ratification doit s'étendre comme de raison, à toutes les conditions substantielles de l'acte : si elle était partielle, on la considérerait comme non avenue; car un acte doit être accepté ou répudié pour le tout.

Quid cependant, si la ratification avait été donnée dans l'ignorance de quelques conditions substantielles ? On ne pourrait l'opposer au mandant, à moins qu'il n'eût manifesté l'intention d'accepter l'acte tel quel ; — quant aux conditions secondaires ou accidentelles, il importe peu que le mandant en ait eu connaissance ; elles suivent nécessairement le sort de l'acte (2).

Les effets de la ratification rétroagissent au jour où l'affaire a été faite; suivant la maxime : *ratihabitio mandato æquiparatur :* d'où il résulte, que le mandataire peut prétendre, à partir de cette époque, aux intérêts de ses débours, et que le maître recueille tous les bénéfices ou supporte toutes les pertes survenues.

Il est bien entendu, que la ratification de ce qui a été fait au delà du mandat, ne peut, par l'effet de la rétroactivité, porter atteinte aux droits que les tiers ont acquis sur la chose.—Nous avons développé ce principe sous l'article 1338 (Troplong, n. 620).

A fortiori doit-on décider que le mandant n'est pas obligé, si le mandataire a fait une affaire autre que celle qui est exprimée dans le mandat : sauf toujours le cas de ratification.

Le mandataire est réputé se renfermer dans les limites de son mandat : — lorsqu'il fait tout ce qui lui est prescrit ; — lorsqu'il termine l'affaire à des conditions plus avantageuses ; — enfin, lorsqu'il fait une partie de ce que porte le pouvoir ; à moins qu'il n'apparaisse, par la nature de l'opération, qu'elle ne pouvait se faire partiellement ; par ex., s'il s'agit de l'achat ou de la vente d'une maison (Pothier, n. 95).

Il excède ses pouvoirs : — lorsqu'il impose au mandant des conditions plus dures que celles qui sont déterminées dans le mandat ; — lorsqu'il fait ce dont il est chargé, et quelque chose de plus ; — lorsqu'il agit dans son propre intérêt, bien que le mandat n'ait été

(1) Dur., n. 265, t. 13; n. 258, t. 18 Delv., t. 3, p. 243, n. 5. Toullier, t. 8, n. 502. Zach., t. 3, p. 132, n. 2. Troplong, n. 609, 612 et suiv. Cass. 26 décembre 1815; 7 avril 1851. D., p. 51, 1, 93 ; 3 juin 1845. Pal., 1845, 2, 745.

(2) Troplong, n. 613 et suiv.

donné que dans l'intérêt du mandant seul (1); — lorsqu'il fait une affaire autre que celle portée dans le mandat; — lorsqu'il fait, non par lui-même, mais par une personne qu'il s'est substituée, l'affaire dont il était chargé, quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de substituer; — enfin, lorsqu'il fait seul ce qu'il était chargé de faire conjointement avec un autre, ou par le conseil d'un autre (Pothier, n. 95 et suiv.).

Il peut arriver, que tout en se renfermant dans les termes de sa procuration, le mandataire ait néanmoins excédé les limites de ses pouvoirs; ce qui arriverait par ex. si, ayant reçu mandat d'emprunter 1,000 fr., il avait emprunté pareille somme de diverses personnes, en leur dissimulant les emprunts faits antérieurement : En ce cas, nul doute que les engagements divers, contractés par le mandataire, seraient obligatoires pour le mandant; sauf ensuite le recours de ce dernier contre son mandataire: le mandant aurait à s'imputer, de ne pas avoir déterminé la personne à laquelle il voulait que l'emprunt fût fait; d'avoir laissé sa procuration entre les mains du mandataire après le 1er emprunt; d'avoir mal placé sa confiance : les tiers auraient été induits en erreur par son fait (Pothier, Oblig., n. 80 et 81).

Les actes faits par le mandataire, depuis la cessation de ses pouvoirs, n'obligent pas le mandant, même vis-à-vis des tiers: Toutefois, il en serait autrement, si le mandataire avait agi dans l'ignorance de la cause qui mettait fin à son mandat, ou s'il avait trompé les tiers, en leur laissant croire qu'il était encore revêtu de pouvoirs suffisants pour traiter avec eux : Au 1er cas, le mandant se trouverait lié tant envers le mandataire qu'envers les tiers de bonne foi, comme si les actes eussent été passés pendant la durée du mandat; — Au 2e cas, il serait lié envers les tiers; sauf son recours contre le mandataire (2,005, 2,008, 2,009).

Si le mandant soutient que les actes faits par le mandataire sont antidatés, il doit en établir la preuve : On ne peut le considérer comme un tiers, dans le sens de l'article 1328 (2).

— Le mandant, avons-nous dit, ne peut attaquer les actes faits par le mandataire qui a excédé son mandat, lorsque les tiers ont été de bonne foi : *Quid*, dans l'espèce suivante : je charge Paul de vendre ma montre en mon nom; au lieu de cela, il la vend en son nom à un tiers dont il est débiteur et qui lui oppose la compensation? — Bien que mon mandataire ait excédé son mandat, je ne pourrai attaquer cette vente; car l'acheteur a été de bonne foi : d'ailleurs, il est protégé par la règle: en fait de meubles possession vaut titre (2279) (Troplong, n. 529 et 607).

1999 — Le mandant doit rembourser au mandataire les

(1) Turin, 10 novembre 1810.

(2) Bordeaux, 22 janvier 1827. Paris, 7 janvier 1834. Dev., 1834, 2 239. Cass. 19 novembre 1834. Dev., 1835, 1, 666.

avances (1) et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis.

S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et payements, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.

= Le mandant est tenu envers le mandataire de cinq obligations principales ; il doit :

1° Rembourser les frais occasionnés par l'exécution du mandat, pourvu, bien entendu, qu'ils aient été faits de bonne foi et par nécessité, ou tout au moins pour une cause juste et utile (2) ;

2° Payer le salaire qu'il a promis, lors même que l'affaire n'a pas réussi; à moins qu'il n'y ait eu faute de la part du mandataire (3).

En promettant un salaire, le mandant peut valablement stipuler que le mandataire ne pourra rien exiger si l'affaire ne réussit pas.

Nonobstant cette clause, le mandat conserve son caractère; il peut toujours être révoquée (4).

Si le contrat contient stipulation d'un salaire, sans que le chiffre en soit fixé, les tribunaux apprécient la somme due au mandataire (5).

A défaut de stipulation particulière, le salaire n'est dû, en principe, qu'après la terminaison de l'affaire qui a donné lieu au mandat.

Par ces mots : le mandant doit payer au mandataire ses salaires lorsqu'il en a été *promis*, la loi suppose le cas de mandat privé et *volontaire* : Cette convention est tacite à l'égard des officiers investis d'un caractère public et mandataires forcés, tels que les avoués, les notaires, les huissiers, les agents de change (6).

Le salaire ne produit intérêt qu'à compter du jour de la demande en justice (1153), à la différence des avances, qui sont de plein droit productives d'intérêt, à compter du jour où il est constaté qu'elles ont été faites (2001).

Le mandataire ne peut prétendre au salaire promis, lorsqu'il n'a point accompli son mandat par son fait ou par sa faute.

(1) Le mot *avance* est employé ici *lato sensu*, pour exprimer tout préjudice que le mandataire a éprouvé dans sa fortune.

(2) Troplong, n. 624 et suiv.

(3) Mais à partir du moment où le mandat est révoqué, le salaire cesse d'être dû, encore que le mandataire ait continué de donner des soins aux affaires du mandant (Cass. 11 mars 1824. Bruxelles, 24 février 1810).

(4) Dur., n. 265. Cass. 6 mars 1827.

(5) Bordeaux. 15 février 1827.

(6) Cass. 6 avril 1832.

Jugé, que le salaire stipulé pour le cas de réussite d'une affaire, n'est point dû, si le mandataire ne justifie d'aucune démarche (1); ni même, lorsque le mandat exécuté a été annulé comme obtenu à l'aide du dol ou de la fraude (2).

Le mandant doit-il payer le salaire que le mandataire a promis au substitué ? Distinguons : la substitution a été forcée ou elle a été purement volontaire : au 1er cas, le salaire est dû; au 2e cas, le mandant n'en est pas tenu (3).

3° Indemniser le mandataire des pertes qu'il a éprouvées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (2000 et 2001).

On n'examine pas si l'affaire a bien ou mal réussi : c'est pour le mandant, c'est pour son seul avantage qu'elle a été traitée : il doit donc supporter les chances auxquelles toutes transactions commerciales sont plus ou moins exposées.

4° Rembourser les avances faites pour le même objet.

Observons, que le mandataire n'est pas tenu de faire d'avances au mandant, sauf stipulation contraire ; il peut même exiger, par l'action *mandati contraria*, que ce dernier lui garnisse les mains, et dans tous les cas, se faire rembourser immédiatement, sans attendre l'expiration de son mandat (Troplong, n. 653).

5° Payer les intérêts de ces avances, à compter du jour où il est constaté qu'elles ont été faites : Les intérêts ne sont pas soumis, en ce cas, à la prescription de 5 ans (2001 et 2277) (4).

Le mandant doit rembourser au mandataire toutes les dépenses que l'affaire dont il s'est chargé lui a occasionnées, soit qu'il les ait faites lui-même ; soit qu'elles aient été faites par un tiers, au nom du mandataire.

Par ex. : je vous ai cautionné par votre ordre : un tiers qui gère mes affaires, se présente et paye votre créancier en vue de me libérer de l'obligation qui résulte pour moi de ce cautionnement : vous devrez m'indemniser, puisque je me trouve obligé directement envers ce tiers (5).

Que devrait-on décider, si le tiers qui m'a libéré de mon cautionnement avait payé en vue d'exercer envers moi une libéralité ? Je ne serais pas moins fondé à vous poursuivre ; autrement, vous profiteriez d'un acte fait en ma considération personnelle, et dont je dois seul recueillir tous les avantages (6).

Appliquez cette décision, au cas où le créancier du mandant aurait fait remise à la caution, de la somme cautionnée, *en vue de reconnaî-*

(1) Cass. 11 novembre 1834. Dall., n. 341. Bordeaux, 19 novembre 1826.
(2) Troplong, n. 636. Cass. 7 août 1837. Dall., n. 343.
(3) Troplong, n. 640.
(4) Cass. 18 février 1836. Dev., 1836, 1, 940.
(5) Pothier, Mandat, n. 73. Dur., t. 18. n. 267. Troplong, n. 623.
(6) Pothier, Mandat, n. 73. Dur., n. 268. Troplong, n. 623.

tre un service rendu : la caution serait censée avoir payé cette somme en exécution du mandat; par conséquent elle aurait l'action *mandati contraria* contre le mandant.

On déciderait autrement, si la remise n'avait pas eu lieu pour récompenser un service; mais purement et simplement : la caution, en ce cas, ne pourrait agir par l'action *mandati contraria*, puisque le créancier aurait manifesté l'intention d'éteindre la dette (1).

Le mandataire pourrait exiger ce remboursement, quand même il aurait action contre un tiers pour se faire payer; mais alors, il serait tenu de subroger le mandant à ses droits (arg. de l'article 1994, *in fine*).

La loi porte encore plus loin sa sollicitude pour le mandataire : elle ne souffre pas que les frais dont il a fait l'avance subissent aucune réduction, sous prétexte qu'ils auraient pu être moindres; car, en supposant qu'il ait existé des moyens pour terminer l'affaire à moins de frais, il est possible que ces moyens n'aient pas été à sa connaissance (2). — Sous ce point de vue, le mandat diffère du quasi-contrat de gestion d'affaires : nous avons vu, en effet, que le gérant ne peut exiger du maître au-delà du profit qu'il lui a procuré.

Toutefois, saisissons bien l'esprit de la règle : assurément, le mandant ne serait pas admis à alléguer d'une manière vague et générale, pour s'affranchir du recours exercé contre lui, que les dépenses auraient pu être moindres : Mais s'il précisait et démontrait les points sur lesquels porte sa demande, on ne se trouverait plus dans le cas prévu par l'art. 1999; il y aurait alors faute de la part du mandataire : or, il n'est pas douteux, que ce dernier peut voir modifier son droit au recouvrement de ses débours et au payement du salaire promis, quand il a commis des fautes (3).—Ex. : par votre ordre, un tiers s'est rendu caution d'une certaine quantité de froment; il paye cette dette avec du froment de la meilleure espèce, quoiqu'il eût pu l'acquitter avec du froment d'une espèce inférieure et moins chère : vous ne serez tenu de l'indemniser que sur le pied de la valeur de l'espèce inférieure.—Un mandataire chargé de faire des réparations ou des constructions, emploie des matériaux d'un prix beaucoup trop élevé; un notaire paye au fisc, pour son client, des droits supérieurs à ceux que fixe la loi : dans ces divers cas, le mandant n'est tenu que dans la limite de ce qui eût dû être déboursé (4).

(1) Pothier, *ibid.*

(2) Pothier, n. 78 et 79.

(3) Toullier, t. 11, n. 53. Dur., n. 266.

(4) Pothier, n. 78. Troplong, n. 629. Amiens, 21 novembre 1823. Cass. 15 mars 1821; Paris, 18 avril 1836. Dall., n. 327. Jugé spécialement, que si un notaire, agissant en qualité de mandataire de l'une des parties, a payé au conservateur des hypothèques, pour radiation d'inscription, un droit plus élevé que celui fixé par la loi, le mandant n'est pas tenu de rembourser ce qui a été payé en trop (Cass. 19 janvier 1831. Dev., 1831, 1, 158).

Le mandataire doit justifier, par tous moyens de droit, des avances qu'il réclame de son mandant.

L'action du mandataire, en payement de ses avances, frais et salaire, dure trente ans, par application de l'art. 2262, sauf les exceptions qui résultent des art. 2272 et 2273 (1).

Il est bien entendu, que le mandataire ne peut réclamer ses avances pour ce qu'il a fait au delà de son mandat.

Observons, que le mandat conféré par un fonctionnaire, à raison des fonctions qu'il remplissait, ne donne pas lieu, comme le mandat ordinaire, à une action personnelle contre le mandant; spécialement, qu'un receveur de l'enregistrement n'est pas tenu personnellement des frais dus à l'huissier qui a poursuivi des redevables; car ce n'est point la personne, mais le fonctionnaire, qui donne en ce cas la commission dont il s'agit (2).

— Le salaire promis au mandataire est-il dû, quand un événement de force majeure a empêché l'exécution de l'affaire? ~~ Distinguons: si l'empêchement résultant de la force majeure affecte la chose même, et met obstacle à ce qu'elle soit entreprise ou continuée, le salaire n'est pas dû: mais si l'empêchement atteint la personne du mandataire, des difficultés se présentent : — Troplong (n. 645) refuse au mandant la répétition des honoraires payés par avance: — si les honoraires n'ont pas été payés, il refuse au mandataire, empêché par une force majeure, le droit de réclamer le salaire promis : autre chose, dit-il, est l'action, autre chose est la répétition: dans une foule de cas, on peut conserver ce qu'on ne saurait être fondé à répéter.— Nous admettons cette décision: En exceptant toutefois le cas où le mandataire aurait déjà préparé des actes ou fait quelques avances pour l'affaire dont il était chargé: une indemnité lui serait alors due, en supposant que ces actes préliminaires eussent tourné au profit du mandant (3).

Quid, si le salaire est fixé à tant par mois? ~~ L'empêchement momentané n'est pas un motif de réduction : on ne peut se montrer plus rigoureux en matière de mandat, que dans le cas de louage (4).

Quid, si l'affaire manque, parce que la force majeure a atteint le mandant? ~~ Le mandat est gratuit de sa nature : il faut dès lors écarter la demande du mandataire, tendante au payement d'honoraires, dès qu'elle a une couleur d'avidité. — Il nous semble conforme à l'esprit de la loi, de restreindre le salaire promis, au bénéfice que le mandant peut retirer de l'œuvre commencée : les tribunaux doivent prononcer eu égard aux circonstances (5).

Quid, en cas de révocation du mandat? ~~ Si la révocation a lieu avant tout commencement d'exécution, le mandataire ne peut exiger de salaire; car il est de l'essence du mandat, que le mandant ait la faculté de révoquer sa procuration, — S'il y a eu commencement d'exécution, le mandataire peut prétendre à une indemnité proportionnelle, pour les peines et soins qu'il s'est donnés (6).

2000 — Le mandant doit aussi indemniser le mandataire

(1) Bordeaux, 15 février 1827.
(2) Cass. 24 mars 1825.
(3) Troplong, n. 644 et suiv. Dall., n. 345.
(4) Troplong, n. 649.
(5) Troplong, n. 651. Bordeaux, 19 juillet 1831. Dall., 345.
(6) Troplong, n. 652. Cass. 6 mars 1827.

des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.

= Le mandataire doit être complétement indemnisé des pertes de tout genre que son mandat lui a fait essuyer, pourvu qu'elles ne soient point imputables à sa négligence ou à son imprudence.

Le Code n'exige même pas, comme la loi romaine (1), que l'exécution du mandat ait été la cause directe de ces pertes : il suffit qu'elle en ait été l'occasion; que la perte soufferte ait été inséparable de la gestion :

Vous me chargez d'aller faire, pour votre compte, une opération en Afrique : le navire périt, ou un coup de vent enlève mes bagages: j'aurai une action en indemnité; car cette perte est un fait inséparable de l'exécution de mon mandat.

Un commis voyageur est dévalisé ou blessé dans un voyage entrepris pour sa maison : il pourra se faire indemniser.

A fortiori, le mandataire pourrait-il prétendre à une indemnité, s'il avait été victime d'une perte par la faute ou par la malice du mandant (2).

Les art. 1852 et 1947 sont en harmonie avec cette décision.

La loi ne distingue pas si le mandat est gratuit ou s'il est salarié (Troplong, n. 671).

Le mandataire ne peut réclamer d'indemnité pour les pertes qu'il a éprouvées, lorsqu'elles proviennent de sa faute ou de son imprudence; l'art. 2000 est formel.

Que devrait-on décider cependant, si le mandant avait profité des suites de l'imprudence? Le mandataire pourrait exiger une indemnité; autrement, le mandant s'enrichirait à ses dépens ; ce que l'équité ne permet pas (3).

En pareille matière, les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances.

Le mandataire, ne peut prétendre à une indemnité, que pour les pertes dont sa gestion a été l'occasion directe : le mandant n'est pas responsable des pertes postérieures au mandat bien qu'elles soient une conséquence légale et nécessaire de l'exécution du contrat : On considère ces pertes comme le résultat d'une force majeure : *res perit domino* (4).

On demande si le mandataire peut prétendre à une indemnité, lorsque la gestion dont il s'est chargé, a tellement employé son temps, qu'il n'ait pas eu le loisir de vaquer à ses propres affaires? ce n'est pas la gestion du mandat *in se* qui a causé la perte; mais

(1) L., 26, §§ 6 et 7, ff *mandati*. *Voy*. en outre Pothier, n. 76.
(2) Troplong, n. 670. Cass. 29 mars 1832.
(3) Rennes, 26 décembre 1834. Dall., n. 369.
(4) Cass. 23 décembre 1840. Dall., n. 370.

l'imprudence que le mandataire a commise, en acceptant une mission qu'il ne pouvait accomplir sans léser ses propres intérêts : le mandant aurait pu trouver un autre mandataire, ou même agir par lui-même (Pothier, n. 77).

2001 — L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées.

= L'art. 2001 est la contre-partie de l'art. 1996 : Le mandataire doit tenir compte au mandant, de l'intérêt des sommes qu'il a employées à son propre usage, à compter du jour où cet emploi est constaté ; par la plus juste réciprocité, la loi, dérogeant à la règle générale sur le cours des intérêts, oblige le mandant à payer au mandataire les intérêts de ses avances constatées, à partir du jour où elles ont été faites.

On comprend sous le nom d'avances, non-seulement les sommes payées réellement par le mandataire, soit aux créanciers du mandant, soit en exécution du mandat ; mais encore celles qu'il tient à la disposition de ce dernier sur son ordre : Par conséquent, il peut prétendre aux intérêts de ces sommes à partir du jour où elles ont pu être employées, bien que l'emploi n'ait pas eu lieu (1).

Le mandataire qui a entre les mains des fonds disponibles, suffisants pour faire face aux dépenses que le mandat peut entraîner, ne se constitue pas en avances, lorsqu'il fait usage de ses propres fonds (2).

Les avances doivent être prouvées par des quittances.—Elles peuvent être justifiées par témoins, sans commencement de preuve par écrit, lorsque la somme n'excède pas 150 francs (1341).

On admet généralement, que les officiers ministériels ne peuvent prétendre à l'intérêt des avances de frais et d'enregistrement qu'ils ont faites pour leurs clients, qu'à partir du jour où ils en ont formé judiciairement la demande (3) (Dall., n. 357).

Le taux de l'intérêt est de 5 0|0 en matière civile et de 6 0|0 en matière commerciale (4).

La loi ne distingue pas si le mandat est gratuit ou s'il est salarié.

(1) Troplong, n. 677. Dur., n. 270. Cass. 31 décembre 1845. D., p. 474, 307. Pal., 1846, 2, 432.

(2) Troplong, n. 678. Dall., n. 351. Bordeaux, 12 mars 1834.

(3) Troplong. n. 684. Dijon, 22 août 1844. Dev., 1846, 2, 31. Cass. 30 mars 1830 ; 11 novembre 1833. Dev., 1834, 1, 29. Caen, 7 juin 1837. Dev., 1837, 2, 409. Pal., 1837, 2, 417. Cass. 24 juin 1840. Dev., 1840, 1, 503. Pal., 1840, 2, 128. Rennes, 28 mars 1851. D., p. 53, 2, 16. Nancy, 8 janvier 1852. D., p. 53, 2, 16. Cep. Grenoble, 14 juillet 1838. Dev., 1839, 2, 134. *Voy.* Riom, 8 décembre 1838. Dev., 1839, 2, 419. Pal., 39, 2, 386. Mais cet arrêt est isolé ; le ministère des officiers ministériels est forcé ; ils sont tenus de faire enregistrer leurs actes.

(4) Cass. 8 février 1836. Dall., n. 363.

—Le *negotiorum gestor* peut-il, comme le mandataire, prétendre à l'intérêt de ses avances? ~~ Le *negotiorum gestor* agit par bonne amitié; il exerce une administration essentiellement gratuite : Pourquoi serait-il traité avec plus de rigueur que le mandataire? A Rome, cela ne faisait pas question (1).

2002 — Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

= Le mandat est un acte officieux; il a paru juste d'accorder à celui qui rend le service, une action solidaire contre les personnes qui en profitent (2).

La solidarité existe lors même que le mandat est salarié; car ce contrat, bien que rétribué, conserve un élément de gratuité: d'ailleurs, l'art. 2002 ne distingue pas; il se coordonne avec ceux qui le précèdent.

Observons, que la solidarité n'a lieu entre les mandants, qu'autant que le mandataire a été constitué par *plusieurs* pour une *affaire commune;* ces deux conditions sont de rigueur : S'il a reçu pouvoir pour des affaires non communes, bien que l'acte soit unique; ou s'il n'a reçu pouvoir que d'un seul, pour une affaire commune à plusieurs, le mandant seul est obligé (Troplong, n. 693).

L'art. 2002 ne statue que sur le cas de mandat; il garde le silence sur la gestion d'affaires : Le *negotiorum gestor* n'a donc pas d'action solidaire contre les personnes dont il a pris les intérêts, pour le remboursement de ce qui lui est dû (3).

Lorsqu'une même dette a été contractée par plusieurs personnes sans solidarité, celui qui l'a cautionnée est-il regardé comme mandataire pour une affaire commune?—(Voy. art. 2030) (4).

—Le notaire peut agir, pour le tout, contre chacune des personnes qui l'ont chargé de rédiger un acte relatif à une affaire qui leur est commune; Par exemple, contre les cohéritiers qui l'ont chargé de faire la liquidation d'une succession. ~~ Les honoraires accordés par la loi ou par l'usage, aux notaires et autres officiers ministériels, sont considérés comme indemnité de leurs soins et de l'emploi de leur temps; comme un remboursement de leurs frais et avances : — Mais à quel titre le notaire exerce-t-il cette action? ~~ On admet généralement, qu'un contrat de mandat se forme entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère. (arg. de l'art. 2002); Qu'il en est de ce cas comme de celui où plusieurs personnes, mues par un intérêt commun, ont promis un salaire au mandataire qu'elles ont élu conjointement (5). — Cette règle s'applique même au cas où le notaire a dressé un acte de vente, nonobstant la disposition de l'art. 1593, portant qu'en matière de vente, les frais d'acte sont à la charge de l'acheteur.

(1) Troplong, n. 680. Cass. 7 novembre 1825.
(2) Dans le louage d'ouvrage, la solidarité n'existe pas : Le louage n'est pas un acte officieux.
(3) Troplong, n. 694. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n. 334.
(4) Troplong, Cautionnement, n. 379. Mandat. n. 685 et suiv.
(5) Dur. n. 271, t. 18; t. 12. n. 202 et 203. Rolland, Rép., v° H n.. n. 76. Troplong

Quid à l'égard de l'avoué constitué par plusieurs parties qui ont un intérêt commun, du syndic d'une faillite, d'un arbitre, du liquidateur d'une société, etc.? — Même décision (1).

Quel est l'effet de la ratification, lorsque le mandataire a dépassé les limites du mandat donné par plusieurs? — Pour qu'il y eût solidarité, il faudrait que les mandants eussent tous ratifié par le même acte : si les ratifications avaient eu lieu par actes séparés, on verrait autant de mandats distincts; chacun des mandants ne serait tenu que pour sa part et portion (2).

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT.

Le mandat cesse entre le mandant et le mandataire au moment où ce dernier connaît la cause qui met fin à ses pouvoirs. — Il cesse à l'égard des tiers au moment où cette cause leur est connue.

2003 — Le mandat finit :

Par la révocation du mandataire,

Par la renonciation de celui-ci au mandat,

Par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture soit du mandant, soit du mandataire.

= Notre article détermine cinq causes d'extinction de mandat; savoir :

1° *La révocation du mandataire*, et cela, quand même on aurait stipulé un salaire; car ce salaire n'aurait été promis que comme récompense : Il ne s'agit pas d'un forfait; mais d'un acte de confiance de la part du mandant envers le mandataire. — Bien plus, la stipulation dans le mandat salarié, que le mandataire n'aura droit au salaire promis qu'en cas de succès dans un délai fixé, ne suffit pas pour enlever au mandant le droit de révoquer la procuration quand bon lui semble; à charge toutefois, d'indemniser le mandataire du dommage que la révocation peut lui causer (3).

Si le mandat avait été exécuté en partie, le salaire promis devrait être payé proportionnellement; quand même ce qui a été fait serait sans utilité pour le mandant (4).

n. 690. Cass. 27 janvier 1812. Cass. 19 avril 1826; 10 novembre 1828; 20 mai 1829; 26 juin 1820; 15 novembre 1820. Selon nos principes (V. p. 147 et suiv., et 575), l'action pour le tout, contre chacune des parties, est accordée aux notaires, parce que l'obligation est indivisable (1222).

(1) Orléans, 26 juillet 1827. Grenoble, 23 mars 1829; Toulouse, 11 mai 1831. Dev., 32, 2, 393; 15 novembre 1831. Dev., 32. 2, 582. Cass. 11 mars 1824. Riom, 8 décembre 1838. Dev., 1839. 2. 419. Dall., n. 374. Bordeaux, 14 janvier 1820, 28 novembre 1840 et 15 décembre 1840. Dev., 1841, 2, 744. Pal., 1841, 1, 436. Paris, 9 novembre 1843. Pal., 1844, 1, 56, 42 août 1820.

(2) Troplong, n. 695. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n. 335.

(3) Cass. 6 mars 1827. Voyez cep., Bordeaux, 7 juillet 1837. Dev., 1837, 2, 453.

(4) Dur., n. 272. Bordeaux, 7 août 1835. Dall., n. 424.

Le mandataire révoqué ne peut prendre que la situation d'un *negotiorum gestor*.

La révocation doit être certaine; mais elle peut avoir lieu expressément ou tacitement: —elle est *expresse*, lorsque le mandant notifie au mandataire qu'il a changé de volonté; elle est *tacite*, lorsqu'elle résulte de certains faits (1): par exemple, si le mandant intervient et se met en rapport direct avec les tiers, ou charge une autre personne de terminer l'affaire qui était l'objet du premier mandat (*Voy.* 2006). — Il est bien entendu, que le mandat conféré comme condition d'une autre convention, ne pourrait être révoqué par la seule volonté du mandant (2) : On peut donner pour exemple, le cas où un associé aurait été chargé d'administrer les affaires de la société, par une clause spéciale du contrat (1856) et tous autres où le mandat aurait été donné à la fois dans l'intérêt du mandant et du mandataire (3).

La cour de Turin a jugé, que les tiers traitent valablement avec le mandataire, tant que la révocation ne lui a pas été notifiée (4). Mais cette décision repose sur une base erronée : aux termes de l'article 2005, les tiers avec lesquels le mandataire révoqué a contracté, ne peuvent avoir d'action contre le mandant, si ce dernier prouve qu'ils ont eu connaissance de la révocation par un moyen quelconque. Les art. 2008 et 2009 sont conçus dans le même esprit: aucun texte ne prescrit la notification; donc, le maintien des actes dépend uniquement de la bonne foi des tiers (5). — Le juge prononce eu égard aux circonstances.

La révocation doit émaner du pouvoir même qui a conféré le mandat : tel est le principe. — Toutefois, ne concluons pas de là, que si le mandat avait été conféré par plusieurs pour une affaire commune, la révocation ne puisse avoir lieu que par le concours de tous : il faut appliquer ici, par analogie, la règle que nous avons admise en matière de société (1859): Chaque mandant est censé avoir conféré des pouvoirs particuliers au mandataire; dès lors, pourquoi lui interdirait-on la faculté de révoquer la procuration en ce qui le concerne personnellement (6)? Sans doute, il arrivera souvent que le mandataire se trouvera dans l'impossibilité d'agir ; car les intérêts des divers commettants ne cesseront d'être confondus que par l'effet du partage : Mais c'est là un inconvénient de l'état d'indivision.

2° *Par la renonciation du mandataire* : en acceptant un mandat,

(1) Pothier, n. 121. Troplong, n. 713. Cass. 14 mai 1829.

(2) Troplong, n. 718. Bordeaux, 7 juillet 1837. Dev., 37, 2, 452.

(3) Bordeaux, 12 et 19 août 1831. Dev., 1832, 2, 200.

(4) Turin, 20 mai 1807, et implicitement Cass. 8 août 1821.

(5) Pothier, n. 121. Zach., t. 3, p. 133. Troplong, n. 713. Cass. 14 mai 1829.

(6) Troplong, n. 719. Dall., n. 429.—Il résulte cependant d'un arrêt de cassation du 12 juillet 1810 que la révocation nécessite le consentement de tous les intéressés.

on contracte, sous peine de dommages-intérêts, l'obligation de l'exécuter : toutefois, le mandataire peut, en certains cas, renoncer au mandat, quoique les choses ne soient plus entières (2007) : les motifs de bienfaisance ou d'affection qui l'ont déterminé à accepter, ne doivent pas tourner à son préjudice.

3° *La mort naturelle ou civile du mandant* : le mandant est censé agir par lui même : s'il meurt, le mandat s'éteint nécessairement par le seul effet de la loi : Un acte de notification n'est pas nécessaire pour en paralyser les effets.

Toutefois, les pouvoirs du mandataire ne cessent qu'à partir du moment où il apprend le décès; les actes qu'il a faits jusqu'alors, sont obligatoires pour les héritiers du mandant; suivant la maxime : *idem est non esse et non apparere* (1).

Ainsi, lorsqu'un tuteur charge un tiers de l'affaire de son mineur, la mort de ce tuteur, survenue *re integrâ*, anéantit le mandat; car c'est réellement le tuteur, et non le mineur, qui est le mandant.

Par la même raison, les pouvoirs de la personne que le mandataire s'est substituée, finissent par la mort du mandataire; car ce dernier est un mandant vis-à-vis de son substitué. — Mais nous déciderions autrement, si le substitué avait été désigné par le mandant : l'extinction du mandat n'aurait pas lieu.

Par exception, le mandat subsiste, nonobstant la mort du mandant, dans les cas suivants : 1° Lorsque la procuration contient une stipulation à cet égard (arg. des art. 1035 et 1868) (2) : Par ex., si je vous ai donné mandat d'acheter après ma mort un fonds pour mes héritiers; ou lorsque l'affaire doit, par sa nature, continuer après cet événement : Par ex., si Pierre charge Paul de lui élever un monument funéraire.

Quid, si l'héritier du mandant est mineur? Le mandant, de majeur qu'il était, est réputé devenu mineur : ce changement d'état a dès lors pour effet d'éteindre le mandat (3) (2003), à moins toutefois, que le mandant n'ait manifesté soit expressément, soit tacitement, la volonté de maintenir les pouvoirs, nonobstant la minorité de ses héritiers (4).

(1) Troplong, n. 723, 726, 738 et suiv.

(2) Troplong, n. 729 et suiv. Zach., t. 3 p. 134. Dur. n. 284. Pothier, n. 108. Dur., n. 283 Nîmes, 9 janvier 1833. Dev., 33, 2, 206. Montpellier, 6 mars 1828. Caen, 12 mars 1827. Paris, 16 décembre 1850. D., p. 51, 2, 3.

Rappelons, à cette occasion, que l'acte doit être annulé toutes les fois qu'il dissimule une donation à cause de mort où une substitution prohibée; par ex., si j'ai chargé Pierre, mon débiteur, de conserver tant que je vivrai, la somme qu'il me doit, pour remettre cette somme à Paul, que je veux gratifier, le payement que ferait Pierre, en vertu de cet ordre, ne le libérerait pas; il devrait compte à mes héritiers. (Cass. 22 novembre 1819 et 16 août 1842. Dall., n. 456.) Mais si dans un contrat, un tiers avait été indiqué, *solutionis gratia*, pour recevoir le payement de l'obligation, le mandat ne finirait point par la mort du créancier, attendu que cette indication serait une des conditions du contrat : *lex obligationis*,

(3) Poitiers, 20 mars 1849. D., p. 50, 2, 34. Amiens, 16 novembre 1852. D., P. 54, 2, 255.

(4) Troplong, n. 735.

2° Lorsqu'il a été donné dans l'intérêt du mandant et d'un tiers : Par ex., lorsqu'un tiers a été indiqué *solutionis gratiâ*, pour recevoir le payement d'une dette.

3° Lorsqu'il a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire : L'indication est alors une des conditions du contrat (1).

4° Enfin, le mandat conféré au *procurator in rem suam* ne s'éteint point par la mort du mandant.

Ainsi, le mandat subsiste, nonobstant la mort du mandant (2), quand un débiteur fait cession de biens à ses créanciers, ou lorsque le contrat est la condition ou le moyen d'exécution d'une obligation contractée.

Les Romains donnaient pour exemple, le cas où le mandant aurait chargé un tiers dont il était débiteur, de recouvrer des sommes d'argent et de les imputer sur la créance (3).

Que doit-on décider, lorsque le mandat est donné sous forme de prête-nom ? Suivant Troplong (n. 738), le mandat se prolonge après le décès :

« Le mandant, dit cet auteur, veut alors parer son mandataire du titre de maître de la chose à l'égard des tiers... C'est comme si le mandant déclarait qu'il veut que le mandat continue après son décès. » Cette décision nous paraît trop absolue : Que l'on maintienne les actes passés par le prête-nom avec les tiers qui ont ignoré le décès du mandant, soit : mais on ne saurait sans tomber dans l'arbitraire et sans s'écarter du principe établi par l'art. 2003, maintenir ces actes, s'il était démontré que les tiers ont connu l'événement qui anéantissait le mandat (4).

Quid, si le mandat a été donné par plusieurs personnes pour une affaire commune ? Il cesse nécessairement à la mort de l'une d'elles. — La mort doit produire les mêmes effets que la révocation (*voyez* toutefois l'art. 344 Pr.) (5).

Nous avons vu (art. 1991), et nous verrons plus loin (art. 2008), que le décès du mandant laisse subsister les pouvoirs du mandataire, pour terminer ce qui est commencé quand il y a péril en la demeure.

4° *La mort naturelle ou civile du mandataire* : le mandat est un acte de confiance ; or, la confiance est personnelle : la loi astreint seulement les héritiers à donner au mandant avis du décès. — Ex. :

(1) Pothier, n. 109 et 111.

(2) Cains, L. 106. ff. *de sol.* Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n. 445, note. Troplong, n. 737.

(3) Loi 15 ff *de pactis*; L. 106, ff *de solut.* Dur., n. 284. Zach., t. 3, p. 134 et suiv. Troplong, n. 737. Douai, 22 décembre 1848. D., p. 1851, 5, 352.

(4) Cass. 9 février 1848. D., p. 48, 1, 97.

(5) Angers, 27 mars 1846. D., p. 48, 2, 85. — Dans l'espèce une femme avait garanti solidairement avec son mari et par hypothèque un crédit qui leur avait été ouvert chez un banquier : il a été décidé, que ce crédit prenait fin au respect de la femme, par le décès de celle-ci, dès que le banquier avait connaissance de l'événement.

j'ai chargé Pierre de m'acheter une maison ; il meurt avant d'avoir exécuté le mandat : si son héritier prend sur lui de faire pour moi cet achat, je ne serai point tenu de ratifier (2010).

Mais si les choses n'étaient plus entières, les héritiers devraient achever ce que le mandataire défunt aurait commencé, ou du moins, pourvoir à ce que les circonstances exigeraient (1991).

Lorsque plusieurs personnes ont été chargées de gérer conjointement, la mort de l'une entraine l'extinction du contrat: mais si la procuration donnait à chacun des mandataires le pouvoir d'agir seul, le mandat continuerait (1).

5° *L'interdiction, la faillite ou la déconfiture*, soit du mandant, soit du mandataire: des services qui exigent de la probité, de l'intelligence et qui imposent une certaine responsabilité, ne peuvent continuer d'être acceptés ou rendus, lorsque l'une des parties a perdu l'usage de la raison, ou lorsque ses affaires sont dans un désordre complet : le commettant qui a subi de pareils accidents n'a plus d'affaires à gérer ; tout ce qu'il possédait, a passé dans les mains de ses créanciers ou d'un tuteur :— le mandataire qui se trouve dans un de ces cas, ne mérite plus aucune confiance.

L'interdiction met fin au mandat, soit qu'elle ait eu lieu par suite d'insanité d'esprit ; soit qu'elle résulte d'une condamnation (C. Pén. 29).

A ces causes d'extinction il faut ajouter :

1° Le changement d'état par suite duquel le mandant ou le mandataire perd l'exercice de ses droits : La loi suppose que cet événement entraine un changement de volonté.

Si le mandant a été placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire (518), le mandat subsiste pour les actes qu'il peut faire sans l'assistance de ce conseil : Il est anéanti de plein droit pour tous les autres (2).

Il faut appliquer cette distinction, au cas où le mandat aurait été conféré par une femme avant son mariage : il subsiste à l'égard des actes qu'elle a conservé le droit de faire elle-même, sans avoir besoin d'autorisation; par ex. : si elle est séparée de biens : il est révoqué de plein droit, à l'égard des choses que la femme ne peut faire sans l'autorisation de son mari ou de justice (3).

Quid, si c'est le mandataire qui se trouve placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire? Le Mandat est anéanti ; car le mandataire n'a plus par lui même la capacité de s'obliger envers le mandant (4).

(1) Pothier, n. 102. Troplong, n. 742. Cass. 23 décembre 1845. D., p. 5305, v° Mandat.

(2) Troplong, n. 748. Dur., n. 286.

(3) Pothier n. 111. Delv., t. 3, p. 135, n. 1. Dur., n. 285 et suiv. Troplong, n. 749. Cass. 26 avril 1832. Dall., n. 477.

(4) Paris, 24 juillet 1848. Pal., 1848, 2, 225.

2° L'absence du mandant (*Voyez*. art. 120 et 121).

3° La cessation des fonctions dans lesquelles le mandant a conféré le mandat : par ex., si un tuteur a donné procuration à quelqu'un, pour recevoir ce qui est dû au mineur, ou s'il a constitué un procureur dans une instance et que la tutelle vienne à cesser par la majorité du pupille, le mandat s'éteint de plein droit. — Vainement dirait-on, que le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils : nous répondrions, que le mandataire a pu vouloir rendre service au tuteur et ne pas être animé pour le mineur des mêmes sentiments : Le mandat émane du tuteur, agissant en cette qualité ; La cessation de ses pouvoirs doit dès lors faire tomber ceux du mandataire.—Appliquez cette décision au cas de mandat conféré par un curateur.

La cessation des pouvoirs du mandant, entraîne l'extinction des pouvoirs qui ont été conférés par le mandataire.

Toutefois, les actes faits par le substitué, depuis que le mandataire a cessé d'être en fonctions, produisent leur effet contre le mandant originaire, lorsque ce dernier a autorisé ou accepté l'adjonction d'un substitué (1994).—Si cette autorisation n'a pas été donnée, ou si l'acceptation n'a pas eu lieu, le substitué ne peut agir par l'action *mandati contraria*, que contre son propre mandant (1).

4° L'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné, la consommation de l'affaire qui en formait l'objet, ou l'événement de la condition :—Si la procuration n'a pas de durée limitée, elle vaut *in perpetuum;* c'est-à-dire, tant que le mandataire n'est pas révoqué ou que l'affaire n'est pas terminée (2).

6° L'accomplissement de l'affaire.—Le mandat prend fin dès que cette affaire est terminée.

7° Enfin, la dissolution d'une société. — Cet événement équivaut au décès (Troplong, n. 740).

—Le mandat du préposé à un commerce s'éteint il par la mort du préposant ? — Distinguons : si la préposition est gratuite, elle finit par la mort du mandant ; mais presque toujours elle est salariée, ce qui rend les règles du louage de service applicables. — La question ne présente dès lors qu'un faible intérêt (Pothier, n. 109. Troplong, n. 736).

2004 — Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il a été gardé en minute.

= Le mandant, libre dans son premier choix, doit pouvoir le

(1) Pothier, n. 104. Toullier, t. 7, n. 18. Dur., n. 289. Troplong, n. 753.
(2) Pothier, n. 35. Montpellier, 22 juillet 1824. Nancy, 7 juin 1842. Dall., n. 419.

changer quand bon lui semble ; c'est-à-dire, en tout état de cause; lors même que les choses ne sont plus entières ; sans donner d'explications.—Il peut contraindre le mandataire, par toutes voies de droit, à se dessaisir de l'écrit qui constate ses pouvoirs ; par ex. lorsque la procuration est notariée, il a le droit d'exiger l'expédition si le titre est en minute, et l'original s'il est en brevet.

Remarquez toutefois ces mots de l'art 2004 : *s'il y a lieu* ; ils se réfèrent au cas où la remise des titres serait impossible : Par ex., si le mandat a été donné verbalement ; s'il résulte d'une lettre dont le mandataire a intérêt à ne pas se défaire (1); si la procuration notariée se trouve annexée à la minute d'un acte, ou si elle est égarée : il ne reste alors au mandant d'autre ressource, que de prendre des précautions pour qu'on ne puisse faire usage du mandat révoqué : Le mandataire qui continuerait de gérer, nonobstant sa révocation, serait responsable de tous dommages-intérêts envers le mandant. Dans aucun cas, il ne pourrait prétendre au salaire qui lui aurait été promis (2).

Le mandant ne peut exiger la remise des lettres qu'il a écrites à son mandataire à l'occasion du mandat; elles sont la propriété de ce dernier. Nous exceptons, bien entendu, celles qui conféreraient le pouvoir d'agir.

— Le notaire pourrait-il refuser de délivrer au mandataire une deuxième expédition de la procuration révoquée, si le mandataire était lui-même partie dans la procuration ? — En exigeant la remise de l'expédition, le but du mandant a été d'empêcher le mandataire d'en abuser à l'égard des tiers ; or, ce but ne serait pas atteint, si le mandataire avait la facullé d'exiger une deuxième expédition: le notaire devrait se faire autoriser, comme lorsqu'il s'agit de la délivrance d'une deuxième grosse (3).

2005 — La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire.

= La révocation, soit expresse, soit tacite, produit son effet vis-à-vis du mandataire, aussitôt qu'elle parvient à sa connaissance; elle fait cesser, entre lui et le mandant, tous les rapports que le mandat avait établis : mais la loi maintient les traités que les tiers ont passés avec le mandataire dans l'ignorance où ils étaient de cette révocation ; sauf le recours du mandant contre ce dernier.

On voit combien il importe au commettant, de porter à la connaissance des tiers la révocation du mandat, et de se faire remettre l'écrit qui le constatait.

Lorsque les tiers ont été en rapport constant avec le mandataire

(1) Troplong, n. 768. Cass., 19 février 1845.
(2) Bruxelles, 24 février 1810. Bordeaux, 14 février 1840. Dall. n. 445.
(3) Delv., p. 134, n. 4. Dur., n. 273.

pour des affaires courantes, telles que les besoins journaliers du ménage, les payements de loyers, d'arrérages, de fermages, comment annuler, à leur préjudice, des actes qu'ils ont faits de bonne foi? On ne peut raisonnablement les soumettre à la nécessité d'exiger à chaque instant l'exhibition du mandat. C'est au mandant à donner à la révocation une publicité suffisante pour que la foi publique ne soit pas trompée.

S'il arrivait cependant que les tiers eussent traité avec le mandataire, connaissant la révocation, le mandant ne serait pas lié; mais ce fait ne se présume pas, puisqu'il suppose la mauvaise foi : Le mandant doit prouver que les tiers ont eu connaissance de la révocation. Il est admis à établir cette preuve par tous moyens de droit, même par témoins, sans commencement de preuve par écrit (1). Il s'agit d'une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

Les tiers qui ont traité en connaissance de cause avec le mandataire révoqué, *procuratorio nomine*, sont privés d'action même contre ce dernier; ils doivent s'imputer d'avoir contracté avec un individu qui n'avait pas qualité (2). L'art. 2005 suppose que les tiers ont traité dans l'ignorance de la révocation.

2006 — La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci.

= L'article 2006 nous offre un exemple de révocation tacite : Il reproduit cette règle romaine : *posteriore procuratore constituto, prior tacitè revocatus intelligitur.*

Toutefois, la règle est trop absolue; car il peut arriver, qu'en constituant un nouveau mandataire, le mandant n'ait pas entendu révoquer le mandat, mais adjoindre un 2e mandataire au 1er pour faciliter la conclusion de l'affaire; faculté qui lui est conférée par l'art. 1995. Assurément, la présomption de révocation prédomine; elle résulte même du texte : mais nul doute, que la règle de l'article 1352, suivant laquelle nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption elle annule certains actes, fléchit dans le cas spécial qui nous occupe; que l'article 2006 établit seulement une présomption *juris*, c'est-à-dire, susceptible d'être combattue par la preuve contraire.

Il est bien entendu, que la révocation ne produit d'effet vis-à-vis du premier mandataire, que du jour où il en a eu connaissance (2008), et il n'est en général réputé connaître ce fait, que par

(1) Dur., n. 275. Troplong, n. 774. Paris, 13 floréal an XII. Paris, 7 janvier 1834. Dall. n. 450.

(2) Troplong, n. 771 et 776. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n. 433. Dur., n. 275.

une notification signifiée à la requête, soit du mandant lui-même, soit du nouveau mandataire (1).

Du reste, la notification n'est qu'une mesure de précaution ; elle n'a point d'objet, lorsque le mandataire a connu d'une manière quelconque la circonstance qui met fin à ses pouvoirs ; il faut combiner l'article 2006 avec l'article 2008.

La révocation aurait-elle lieu, si la deuxième procuration demeurait sans effet, par ex., par le refus du nouveau mandataire, ou parce qu'elle aurait été donnée à une personne que l'on croyait vivante et qui était décédée : le mandant aurait manifesté, en donnant un nouveau pouvoir, l'intention de détruire l'effet du premier (2). Nous trouvons dans l'article 1037 un argument d'analogie.

Quid si la procuration était privée d'effet par suite d'une nullité provenant d'un vice de forme substantiel (comme la signature) ? L'acte n'aurait aucune force révocatoire puisqu'il n'existerait pas.

La règle exposée dans notre article, reçoit son application, non-seulement lorsque l'une et l'autre procurations sont spéciales et données pour la même affaire ; mais encore, lorsqu'elles sont générales : la première est révoquée par la deuxième.

Quid lorsque la première est générale, et la deuxième spéciale ? La première est présumée révoquée, quant à l'affaire qui fait l'objet de la deuxième, suivant cette règle de droit : *In toto genere per speciem derogatur ;* mais elle continue de subsister pour le surplus : ainsi, lorsque le deuxième mandat est de vendre tel immeuble, le premier continue de subsister, s'il est conçu en termes généraux ; car le mandat général n'embrasse que les actes d'administration : le mandataire général conservera, jusqu'au moment de la vente, l'administration de l'immeuble dont il s'agit (Dur., n° 279).

Dans le cas inverse, c'est-à-dire, si la première procuration était spéciale ; par ex., si elle a eu pour objet un acte d'aliénation, elle n'est pas révoquée par la deuxième, lorsque celle-ci est conçue en termes généraux ; à moins de déclaration contraire : en effet, le mandat général n'embrasse que les actes d'administration (1988) ; or, il faut un mandat exprès pour aliéner, hypothéquer ou faire tout autre acte de propriété (3). — Mais si la deuxième comprend le pouvoir de vendre tous les biens, elle vaut révocation de la première ; car elle a pour objet la même affaire ; la partie étant comprise dans le tout : D'ailleurs, les deux mandats sont alors spéciaux (4).

Ainsi que nous l'avons dit, la règle suivant laquelle le mandat s'éteint par la constitution d'un nouveau mandataire, est fondée sur la volonté présumée du mandant : si les circonstances donnaient lieu

(1) Pothier, n. 114, Troplong, n. 788. Cass. 3 août 1819.
(2) Pothier, *ibid.* Delv., p. 244. n. 2. Dur., n. 277.
(3) Pothier, n. 115. Dur., n. 279, Troplong, n. 792.
(4) Dur., n. 279. Troplong, n. 793.

de penser, que ce dernier a voulu charger de la même affaire les deux mandataires, afin qu'elle pût se faire par l'un ou par l'autre, ou par l'un et l'autre conjointement, il n'y aurait pas de révocation (1).

On demande si une première procuration pourrait être révoquée par une deuxième donnée à la même personne ? Il faut distinguer: si la deuxième ne contient rien de différent, la révocation n'a pas lieu ; elle ne constitue en réalité qu'une confirmation superflue de la première ; en sorte que le mandataire pourra se servir de l'une ou de l'autre. Mais lorsque la deuxième procuration ne contient qu'une partie des pouvoirs conférés par la première, celle-ci est révoquée, à moins que le mandant n'ait manifesté, dans le nouvel acte, l'intention de la maintenir pour le surplus, ou qu'il n'ait fait connaître, de toute autre manière, sa volonté de ne pas y déroger.

Quid si la deuxième procuration, quoique ayant pour objet la même affaire, prescrit des conditions différentes de la première ? Celle-ci n'est pas révoquée ; mais modifiée : le mandataire devra seulement, à l'avenir, se conformer au deuxième pouvoir (2).

La révocation peut, en outre, résulter des circonstances : les docteurs donnent pour exemple, le cas où une personne, au moment de partir pour un long voyage, chargerait quelqu'un de gérer ses affaires : quoique la procuration ne fût limitée par aucun terme, on présumerait qu'elle est bornée à la durée du voyage ; en conséquence, le retour du commettant révoquerait de plein droit ce pouvoir (Pothier, nº 119).—Toutefois cette présomption pourrait être détruite par une présomption contraire : On donne pour exemple, le cas où le mandataire aurait continué, depuis le retour du mandant, de gérer au vu et su de ce dernier qui l'aurait souffert : Une telle gestion ferait présumer un mandat tacite s'il n'y avait pas eu de procuration (*voyez* p. 569) ; elle doit faire présumer, par la même raison, dans notre espèce, que le mandat n'a pas été revoqué.

Dès que le mandat est révoqué, que la révocation ait eu lieu par une notification ou par un fait extrajudiciaire (peu importe), le mandataire se trouve dépourvu de pouvoirs réels.

2007 — Le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation.

Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

= Bien que le mandataire soit lié par son acceptation, il peut

(1) Pothier, n. 116, Dur., n. 278. Troplong, n. 783 et suiv.
(2) Pothier, n. 117. Cass. 3 août 1819.

renoncer au mandat, en notifiant sa renonciation au mandant : Si les choses sont encore entières, c'est-à-dire, si le mandant, prévenu, en temps utile, a pu terminer lui-même l'affaire ou la confier à un autre mandataire, il ne doit point de dommages-intérêts ; dans le cas contraire, il est tenu d'indemniser le mandant du dommage que lui cause l'inexécution du contrat. — Toutefois, ne perdons pas de vue que le mandat est un office d'ami ; il ne serait pas juste de rendre le mandataire victime de son obligeance : *officium suum nemini damnosum esse debet;* de lui refuser la faculté de renoncer impunément au mandat, s'il se trouve dans l'impossibilité de continuer la gestion dont il est chargée, sans s'exposer lui-même à un préjudice considérable : dans l'alternative d'une perte inévitable d'un côté ou de l'autre, la loi prescrit au juge de prononcer en faveur du mandataire; mais il faut que le préjudice soit *considérable :* un léger dommage ne serait pas une cause valable de renonciation : le mandataire serait tenu d'accomplir son mandat ; sauf ensuite à se faire indemniser par le mandant.

A cette cause légitime de renonciation il faut ajouter : le cas de maladie ; — le cas d'inimitiés capitales survenues entre le mandant et le mandataire : mais un léger refroidissement, ou un léger différend ne suffiraient pas ;—le dérangement des affaires du mandant : le mandataire ne peut être tenu de faire des avances s'il n'a pas la certitude de les recouvrer ; — enfin, toute espèce d'empêchement légitime survenu depuis le contrat : les tribunaux sont appréciateurs des circonstances (1) (Troplong, n. 801 et suiv.).

La bonne foi oblige le mandataire à différer l'exécution du mandat, lorsqu'une circonstance qui doit vraisemblablement déterminer la révocation parvient à sa connaissance : par exemple, s'il apprend qu'un héritage dont il est chargé de faire l'acquisition, a des vices considérables ou que cette acquisition ne présente aucune sûreté (Pothier, n. 45, Mandat).

2008 — Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide.

= De même que la renonciation laisse subsister les effets du mandat, lorsqu'elle est ignorée du mandataire ; de même, ce que le mandataire fait dans l'ignorance de la mort du mandant ou des autres causes d'extinction, doit être valide : les héritiers ou représentants du mandant sont donc liés, qu'ils soient majeurs ou mineurs (Troplong, n. 814).

Nous avons vu plusieurs fois que, pour faire cesser cette ignorance,

(1) Pothier, n. 43. Delv. p. 245, n. 6. Troplong, n. 801 et suiv.

une notification officielle n'est pas nécessaire; qu'en pareille matière le juge prononce eu égard aux circonstances.

Observons, que l'article 2008 fait exception au principe posé par l'article 2003, lequel déclare le mandat révoqué par la mort du mandant : Le mandataire doit dès lors établir qu'il se trouve dans ce cas exceptionnel, puisqu'il est présumé de droit avoir connu le décès (1).

Lors même que le mandataire aurait connaissance de la mort du mandant, il doit terminer l'affaire dont il s'est chargé, si cette affaire est tellement urgente, qu'elle ne puisse être différée : — par ex., j'ai accepté le mandat de faire la vendange d'une personne (1991): au moment du décès de cette personne, les vendanges sont ouvertes : je ne serai pas dispensé de remplir mes engagements.

La règle souffre encore exception, lorsque l'affaire est de nature à ne devoir se faire qu'après la mort du mandant (*Voy.* page 612).

2009 — Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi.

= Cet article et celui qui suit sont fondés sur des raisons d'équité.

2010 — En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci.

= L'espèce de mandat légal que notre article confère aux héritiers, produit évidement les mêmes effets qu'un mandat véritable. Toutefois, l'obligation dont il s'agit, n'est imposée qu'aux héritiers majeurs (Dur., t. 18, n. 293).

Remarquons, en terminant, que la révocation anéantit bien le mandat pour l'avenir; mais non pour le passé : sous ce rapport, les droits et les obligations du mandant, ainsi que ceux du mandataire, passent à leurs héritiers ou autres représentants.

Il est bien entendu, que les héritiers ne peuvent faire que le strict nécessaire.

RÉSUME ANALYTIQUE DU TITRE XIII.

Du mandat.

Sommaire. P. 555.

(1) Cass. 29 avril 1845. D., p. 45, 1, 222.

CHAPITRE I.

De la nature et de la forme du mandat.

Sommaire. P. 557.

Art. 1984. — Qu'est-ce qu'une procuration? A quel moment se forme le contrat de mandat? P. 564.

Art. 1985. — De combien de limites se compose le mandat? Dans quelle forme la procuration peut-elle être donnée? P. 565. — Le mandat peut-il être tacite? P. 566. — L'acceptation du mandat peut-elle être tacite? P. 571. — Quelles sont les circonstances qui constituent l'acceptation tacite? Comment prouver qu'elle est intervenue? P. 572.

Questions. — Dans quels cas la procuration doit-elle être intervenue? P. 573.

Art. 1986. — La gratuite est-elle de l'essence ou de la nature du mandat? P. 574. — Comment distinguer le louage de services du mandat salarié? P. 575.

Art. 1987. — Dans quel cas le mandat est-il spécial? Dans quels cas est-il général? P. 575.

Art. 1988. — Quelle est l'étendue du mandat conçu en termes généraux? Dans quels cas le mandat doit-il être spécial? P. 579.

Art. 1989. — Le mandataire spécial peut-il excéder les limites de son mandat? — Le pouvoir de transiger renferme-t-il celui de compromettre? Le mandataire est-il responsable s'il est resté en deçà de son mandat? P. 579. Dans quels cas va-t-il au delà? Dans quels cas reste-t-il en deçà? P. 580.

Art. 1990. — Les incapables peuvent-ils constituer des mandataires? — Peut-on les charger d'un mandat? P. 581. — Comment comprendre que l'on puisse charger d'un mandat les personnes qui ne peuvent coutracter d'obligations valables? P. 581.

CHAPITRE II.

Des obligations du mandataire.

Sommaire. P. 582.

Art. 1991. — Le mandataire peut-il, sans s'exposer à des dommages-intérêts, après s'être chargé d'un mandat, se dispenser de l'accomplir? — Quelle est l'étendue du mandat soit *impératif*, soit *facultatif*? P. 583. — La mort du mandant dispense-t-elle le mandataire d'achever l'affaire commencée? P. 585.

Art. 1992. — Le mandataire est-il plus rigoureusement tenu que le dépositaire? Quelle différence la loi établit-elle, sous ce rapport, entre la position de l'un et de l'autre? Quelle est la raison de cette différence? P. 585. — Le juge appelé à apprécier les fautes commises par le mandataire doit-il user d'une égale sévérité contre celui dont le mandat est gratuit et contre celui qui reçoit un salaire? — Le mandataire peut-il composer avec l'indemnité dont il est tenu pour le dommage qu'il a causé au mandant le bénéfice qu'il a pu lui procurer dans d'autres affaires? P. 586. — Doit-il en cas de péril sacrifier sa propre chose pour sauver celle du mandant? P. 587.

Art. 1993. — Le mandataire qui gère gratuitement doit-il, comme celui qui reçoit un salaire, rendre compte de sa gestion? P. 587. — A qui le compte doit-il être rendu lorsque le mandat a été conféré pour l'affaire d'autrui? P. 588. — Que doit comprendre le compte? Dans quelle forme doit-il être rendu? P. 588. Le mandataire peut-il être dispensé de rendre compte? Par quel laps de temps l'action en reddition de compte se prescrit-elle? P. 589.

Questions. — Le mandataire chargé de prêter de l'argent à un tiers désigné doit-il compte de l'intérêt s'il a prêté cet argent à une autre personne à ses risques et périls? P. 589.

Le mandataire est-il responsable s'il perd, par force majeure,

les espèces dont il est détenteur par suite du mandat ? P. 590.

Celui qui a reçu mandat de faire des actes illicites doit-il compte au mandant du bénéfice que ces opérations lui ont procuré ? P. 590.

Quid si le mandataire s'est servi sans ordre du mandant de la chose qu'on lui a confiée pour faire des actes illicites ? P. 590.

Le mandataire chargé de faire une acquisition est-il réputé avoir acquis pour le mandant s'il a stipulé en son nom personnel ? P. 590.

Si le mandataire a acheté la chose au nom du mandant, mais avec ses propres deniers, quelle est sa position pour le remboursement de ses avances ? P. 591.

Art. 1994. — Le mandataire est-il tenu d'agir par lui-même ? Est-il responsable de celui qu'il s'est substitué ? Ne doit-on pas établir une distinction ? P. 591. Le mandant peut-il agir directement contre le substitué ? P. 592.

Questions. — Le mandataire qui se trouve atteint d'un empêchement personnel trouve-t-il dans son mandat qualité pour faire choix d'un substitué ? sera-t-il plus rigoureusement tenu envers le mandant que s'il avait un pouvoir exprès à cet égard ? P. 593.

Art. 1995. — Les mandataires constitués pour le même acte, pour la même affaire sont-ils solidairement responsables envers le mandant ? P. 594.

Art. 1996. — Le mandataire doit-il compte de l'intérêt des sommes qu'il a employées sans autorisation à son usage ? Et à partir de quel jour ? P. 595. Est-il tenu en certains cas au delà de l'intérêt légal ? Par quel laps de temps l'action accordée contre lui à cet égard se prescrit-elle ? Le mandataire doit-il l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage avec l'autorisation du mandant ? A partir de quel jour doit-il compte de l'intérêt du reliquat ? — Les intérêts courent-ils, en ce cas, de plein droit ? Par quel laps de temps l'action du mandant se prescrit-elle ? P. 596.

Art. 1997. — Le mandataire est-il garant envers les tiers s'il a excédé ses pouvoirs bien qu'il ait agi au nom du mandant ? P. 597. — *Quid* si les tiers ont eu connaissance de ses pouvoirs ? P. 598.

CHAPITRE III.

Obligations du mandant.

Sommaire. P. 599.

Art. 1998. — Quelle est la position du mandant lorsque le mandataire s'est renfermé dans les limites de son mandat ? Ne doit-on pas établir une distinction ? P. 600 ? — *Quid* si le mandataire a traité avec un tiers en son propre nom ? P. 600 Dans quels cas le mandataire dépasse-t-il ces pouvoirs ? Dans quels cas se renferme-t-il dans ces limites. P. 601.

Art. 1999. — Quelles sont les obligations auxquelles le mandant est soumis envers le mandataire ? P. 603.

Questions — Le salaire promis au mandataire est-il dû quand un événement de force majeure a empêché l'exécution de l'affaire ? P. 606.

Quid si le salaire est fixé à tant par chose ? P. 606.

Quid si l'affaire manque parce que la force majeure a atteint le mandant ? P. 606.

Quid en cas de révocation du mandat ? P. 606.

Art. 2000. — Le mandant doit-il indemniser le mandataire des pertes qu'il a

éprouvées, bien que l'exécution du mandat n'ait pas été la cause directe de ces pertes, si elle en a été l'occasion ? P. 607. — Le mandataire peut-il prétendre à une indemnité si le mandat a tellement employé son temps qu'il n'ait pas eu le loisir de vaquer à ses propres affaires? P. 607.

Art. 2001. — A partir de quel jour le mandataire peut-il prétendre à l'intérêt de ses avances ? P. 608.

Questions. — Le *negotiorum gestor* peut-il comme le mandataire, prétendre à l'intérêt de ses avances ? P. 609.

Art. 2002. — Le mandataire peut-il exercer l'action *mandati contraria* solidairement contre ceux qui l'ont constitué pour une affaire commune ?

Questions. — Quels sont les droits du notaire contre les parties qui l'ont chargé de rédiger un acte? P. 609.

Quels sont les droits des avoués ou autres officiers ministériels qui ont été constitués par plusieurs parties? P. 609.

CHAITRE IV.

Des différentes manières dont le mandat prend fin.

Art. 2003. — Quelles sont les causes d'extinction du mandat ? P. 610.

Art. 2004. — Le mandant peut-il invoquer quand bon lui semble le mandat qu'il a conféré ? Quelles mesures peut-il prendre pour empêcher le mandataire d'agir à l'avenir ? P. 615.

Questions. — Le mandataire pourrait-il exiger du notaire une 2e expédition de la procuration? P. 616.

Art. 2005. — La notification de la révocation suffit-elle pour affranchir le mandant des poursuites que les tiers avec lesquels son mandataire aurait traité depuis la révocation pourraient vouloir exercer contre lui? *Quid* s'il n'y a pas eu de notification ? P. 617.

Art. 2006. — Quel est l'effet de la constitution d'un nouveau mandataire ? P. 617. A partir de quel moment les pouvoirs du 1er mandataire cessent-ils en ce cas ? Une notification est-elle de rigueur ? Une première procuration peut-elle être révoquée par une 2e procuration donnée à la même personne ? P. 619 — La révocation peut-elle résulter des circonstances ? P. 619.

Art. 2007. — Le mandataire peut-il renoncer au mandat ? P. 619.

Art. 2008 et 2009. — Quel est l'effet des actes que le mandataire a faits dans l'ignorance des causes qui mettaient fin à ses pouvoirs? P. 620.

Art. 2010. — Quels sont les devoirs des héritiers du mandataire si les affaires du mandant sont en souffrance ? P. 621.

TITRE XIV.

DU CAUTIONNEMENT.

Décrété le 14 mars 1804, promulgué le 24 du même mois.

Le cautionnement est un contrat par lequel une ou plusieurs personnes promettent d'accomplir l'obligation d'un tiers dans le cas où ce tiers ne l'accomplirait pas lui-même (1).

(1) Le mot cautionnement vient de *cautio, sûreté* : en ce sens, les gages, priviléges et hypothèques sont des cautionnements ; mais ce mot est employé par le Code pour exprimer la

On nomme *caution* ou *fidéjusseur* (*fide jubere*) la personne qui répond de l'exécution d'un engagement contracté par une autre.

Le cautionnement est un contrat consensuel et unilatéral :

Consensuel, car la loi ne prescrit aucune forme particulière pour sa validité : il peut être donné par acte authentique ou privé, par lettre missive, et même verbalement, quelle que soit la nature ou la cause de l'obligation qu'il a pour objet de garantir : *fidejussio accipi potest, quoties ut aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur* (Pothier, n. 401);

Unilatéral, car, en thèse générale, la caution seule s'oblige ; le créancier ne s'engage pas envers elle:—Si les parties ont recours à un acte sous seing privé, il n'est donc pas nécessaire de dresser cet acte en double original (1325) (1). La pluralité des cautions seraient, sous ce rapport, une circonstance indifférente, puisqu'elles n'auraient point d'intérêts distincts.

Nous disons en thèse générale : si le créancier contractait de son côté un engagement quelconque envers la caution, il faudrait deux originaux ; car le contrat deviendrait alors synallagmatique. —On donne pour exemple, le cas où la caution stipulerait, que le créancier ne pourra exercer de poursuites contre elle qu'après un certain temps depuis l'exigibilité de l'obligation principale, ou si un événement se réalise (2).

L'acte unilatéral dressé sous seing privé, doit contenir le *bon* ou *approuvé*, en toutes lettres, de la somme que la caution s'oblige à garantir, s'il n'est point écrit en entier par celui qui l'a souscrit (1326).

La jurisprudence, après avoir varié, paraît (3) aujourd'hui fixée en ce sens : Il a été reconnu, que l'article 1326 embrasse dans sa généralité tous les actes par lesquels une seule personne s'engage envers une autre ; sans excepter ceux par lesquels le signataire s'oblige comme caution (4).

Quant au cautionnement verbal, il peut être pronvé par témoins, sans commencement de preuve par écrit, si l'obligation est au-des-

sûreté particulière qui résulte de l'engagement personnel pris par un tiers de payer la dette d'une autre personne.

(1) Dur., n. 152, t. 13, n. 298, t. 18. Troplong, n. 20. Ponsot, n. 18. Cass. 22 novembre 1825. 3 avril 1850, D., B. 50, 1, 165. Rouen, 5 mars 1824. Grenoble, 10 juin 1825.

(2 La cour de Dijon, s'attachant exclusivement au caractère du cautionnement, avait décidé que les stipulations particulières faites par la caution, comme condition de sa garantie, n'enlevait pas à la convention sa nature d'acte unilatéral ; mais cet arrêt a été cassé le 14 juin 1847. D., p. 47, 1, 245. *Voyez*, dans notre sens, Ponsot, n 20. Dur., n.152, t. 13. Cass. 14 mai 1817 et 23 juillet 1818 Bordeaux, 10 décembre 1830. Paris, 16 décembre 1814. Bastia, 11 juillet 1838. D., p. 38, 2, 150. Pal., 1843, 2, 737.

(3) Paris, 13 mars 1816. Lyon, 12 avril 1832. Dev., 1833, 2, 428.

(4) Dur., t. 13, n. 175; t. 18, n. 298. Cass. 18 février 1822. Nancy, 9 mars 1818. Orléans, 14 janvier 1828. Cass. 21 août 1827. Rennes, 14 mai 1345. Pal., 1845, 2, 351. Paris, 14 mai 1846. Dev., 1846, 2, 299.

sous de 150 fr.; au-dessus de cette somme il faut un commencement de preuve par écrit (1341) (1).

On peut envisager le cautionnement sous deux points de vue : par rapport au débiteur et par rapport au créancier :

Par rapport au débiteur : le cautionnement est de sa nature un acte de bienfaisance : en effet, la caution s'oblige dans l'intérêt du débiteur principal ; en vue d'augmenter son crédit et de faciliter une transaction.

Nous disons *de sa nature*, car la gratuité n'est pas de l'essence du cautionnement : le fidéjusseur peut stipuler un prix ou une portion des bénéfices éventuels, pour le risque auquel il s'expose : c'est même ce qui arrive souvent, lorsqu'il se porte caution d'un fournisseur ou d'un entrepreneur (2).

On considère le cautionnement comme l'effet d'un mandat, lorsqu'il a lieu par ordre du débiteur, ou même à son *vu* et *su*, sans opposition de sa part ; suivant cette règle de droit : *semper non qui prohibet pro se intervenire, mandare creditur*; — la caution a dès lors contre ce dernier l'action *mandati contraria*, pour se faire indemniser de ce qu'elle a payé au créancier.

Lorsque le cautionnement se forme à l'insu du débiteur, ou lorsqu'il ne peut s'y opposer, ce n'est plus un mandat qui intervient entre ce débiteur et la caution ; mais un quasi-contrat *negotiorum gestorum* (Pothier, Oblig., n. 366).

Dans l'un et l'autre cas, le fidéjusseur est subrogé légalement aux droits du créancier désintéressé, en vertu des articles 1251 et 2029.

On peut cautionner un débiteur malgré sa défense, puisqu'on peut payer la dette d'un tiers, malgré ce tiers, et même malgré le créancier (1236) : En ce cas, la caution n'aura pas, après avoir payé, l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur; mais elle se trouvera néanmoins placée, dans le cas prévu par la loi, pour la subrogation légale (1250, n. 3. Dur., n. 317).

Par rapport au créancier : le cautionnement n'est qu'un accessoire de l'obligation principale ; mais il ne tient pas de la nature des contrats de bienfaisance : en effet, le créancier ne reçoit rien au delà de ce qui lui est dû ; il se procure seulement une sûreté.

Observons, que le cautionnement crée une obligation nouvelle, bien qu'il soit accessoire d'une autre obligation : concluons de là, que le concours des personnes obligées principalement n'est pas nécessaire pour sa validité, et qu'il peut accompagner et même précéder l'obligation principale.

De quelque manière que le cautionnement soit envisagé, l'opération qu'il suppose est complexe : plusieurs contrats ou quasi-contrats se forment entre les personnes dont elle nécessite le con-

(1) Cass. 1er février 1836. Dev., 1836, 1, 511.

(2) Ponsot, n. 21. Duvergier. Prêt. n. 302. Dur., n. 300. Rouen, 4 décembre 1827.

cours; c'est-à-dire, entre le créancier, le débiteur et la caution.

Entre le créancier et le débiteur, le cautionnement suppose l'existence d'une obligation principale ;

Entre le créancier et la caution, se forme le cautionnement ;

Entre la caution et le débiteur principal, intervient le contrat de mandat ou le quasi-contrat de gestion d'affaires ;

Enfin, lorsqu'il y a plusieurs cautions, si l'une acquitte la dette, elle a son recours contre les autres, pour leur part et portion, en vertu également d'une sorte de quasi-contrat de gestion d'affaires.

Se *porter caution* et se *porter fort*, sont deux actes qui ne doivent pas être confondus : Le cautionnement suppose l'existence d'une obligation principale valable; il s'identifie avec cette obligation : Celui qui se porte fort contracte une obligation différente de celle que s'impose ou pourra s'imposer le tiers dont il promet l'engagement. — La caution ne garantit que la solvabilité : celui qui se porte fort s'engage principalement. — La caution peut, sous certaines conditions, renvoyer le créancier à la discussion des biens du débiteur : celui qui s'est porté fort, ne peut exiger que le créancier actionne préalablement le tiers; puisque ce tiers n'est pas obligé (1120, 2028). — Le cautionnement ne peut excéder l'obligation primitive : l'obligation de celui qui se porte fort, peut être plus onéreuse que l'engagement principal (1120, 2015). — Le fidéjusseur qui a payé a contre le débiteur l'action *mandati contraria* : celui qui s'est porté fort, n'a point d'action en indemnité contre le tiers, si ce dernier refuse de s'engager, sauf le cas de gestion d'affaires (1).

Celui qui se porte fort est plus rigoureusement tenu, comme on le voit, que la caution : Ce n'est donc point là un contrat accessoire; mais un engagement principal, *sui generis* : d'où il résulte, que l'on peut se porter fort pour des actes qui ne sont point susceptibles d'être cautionnés. — Nous donnerons pour exemples, l'aliénation d'un bien dotal, et l'obligation contractée par erreur, violence ou surprise par dol (2).

Bien plus, cet engagement peut être implicite; c'est ce qui a lieu, lorsqu'un tiers garantit la vente d'un immeuble consentie par un incapable : En effet, le tiers ne se rend pas caution, puisqu'il n'est pas en son pouvoir de remplir lui-même l'obligation cautionnée : il promet seulement de faire ratifier la vente ; sinon, de payer des dommages-intérêts; c'est-à-dire, toute autre chose que l'objet du contrat intervenu avec l'incapable.

Il faut également distinguer le cautionnement du pacte connu en droit romain sous le nom de *constitutæ pecuniæ :* — Le cautionne-

(1) Zach., t. 3, p. 151. Troplong, n. 29 et suiv. Delamarre et Lepoitevin, t. 1er, n. 155.

(2) Troplong, n. 30 et suiv. La distinction que nous venons d'établir concilie deux arrêts de la Cour de cassation des 11 mars 1807 et 3 août 1825, arrêts qui paraissent contradictoires au premier abord.

ment n'est qu'un contrat accessoire; il ne constitue en quelque sorte qu'une extension de l'obligation principale : le pacte *constitutæ pecuniæ* subsiste par lui-même, *propriis viribus* (1) : il a pour résultat d'adjoindre au débiteur originaire, un tiers qui s'engage à payer la dette comme obligé principal, *proprio nomine* : Ce tiers ne jouit dès-lors, ni du bénéfice de discussion, ni des autres exceptions que le débiteur originaire pourrait invoquer ; il peut se soumettre à des conditions différentes, moins rigoureuses ou plus dures.

Enfin, le cautionnement diffère du *contrat d'assurance* et cela sous plusieurs rapports : Le cautionnement est un contrat unilatéral, accessoire, de pure bienfaisance par rapport au débiteur : l'assurance est un contrat synallagmatique, principal et intéressé de part et d'autre (2).

On remarque cette différence entre le cautionnement et le gage, que le premier contrat repose uniquement sur le crédit personnel du fidéjusseur ; tandis que la sûreté qui résulte du gage (ajoutons ou de l'hypothèque), se tire non-seulement de l'engagement personnel du débiteur; mais encore de la valeur de la chose engagée ou hypothéquée.

Distinguons enfin le cautionnement proprement dit, de la *caution juratoire*, ou promesse faite sans fidéjusseur, sous la seule foi du serment : ces sortes de sûretés, fréquentes dans notre ancien droit, sont aujourd'hui tombées en désuétude.

Revenons à la nature et aux caractères du cautionnement considéré comme contrat.

On distingue trois espèces de cautions ou fidéjusseurs :

Les cautions purement conventionnelles,

Les cautions légales ou nécessaires,

Les cautions judiciaires.

Les cautions conventionnelles, sont celles qui interviennent en en exécution de l'obligation que l'une des parties s'est volontairement imposée.

Les cautions légales, sont celles que la loi ordonne de donner, par ex., dans le cas d'usufruit ou de surenchère (*Voyez* art. 116, 120, 601, 626, 771, 807, 1518, 1613, 1683, 2185).

Les cautions judiciaires, sont celles que le juge prescrit de donner, par ex., lorsqu'il est dit qu'une personne touchera une somme par provision en donnant caution (Pr. 135, 155, 419).

Il va sans dire, que si la partie tenue de donner caution en vertu soit d'un contrat, soit d'une disposition de la loi, a été condamnée

(1) Pothier, Oblig., n. 457 et suiv. Troplong, n. 34 et suiv.

(2) Nous disons que le cautionnement est un contrat de bienfaisance : il dégénérerait en assurance, si le créancier payait un prix au fidéjusseur; car l'assureur et l'assuré traitent d'une manière principale d'un risque à courir ; c'est-à-dire, d'un objet différent de l'obligation originaire (Troplong, n. 16, 35 et 36. Ponsot, n. 22).

à remplir cette obligation, le cautionnement ne devient point pour cela judiciaire.

Ce titre est divisé en quatre chapitres.

Le premier traite de la nature et de l'étendue du cautionnement.

Le deuxième détermine ses effets soit entre le créancier et la caution, soit entre les fidéjusseurs ; ce qui a nécessité la subdivision de ce chapitre en trois sections.

Le troisième a pour objet l'extinction du cautionnement.

Enfin, le quatrième règle ce qui concerne la caution légale et la caution judiciaire.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

Le cautionnement est un contrat accessoire : il ne peut dès lors exister que sur une obligation valable (2012), ni entraîner des charges plus étendues ou plus onéreuses (2014) que cette obligation.

L'objet du cautionnement doit être déterminé, ou du moins susceptible de l'être par la production des titres du créancier.—Celui qui se porte caution de tout ce qu'une personne doit actuellement à une autre, ou de certaines opérations qu'un tiers se propose d'accomplir, telle que l'administration d'un tuteur, d'un régisseur ou d'un fermier, est donc valablement engagé (1) (arg. de l'art. 1129).

Mais on considérerait comme non avenu, celui qui serait donné d'une manière générale, pour toutes les obligations qu'une personne pourrait ultérieurement contracter (arg. de l'art. 1129).

Une obligation future (1130), peut être l'objet du cautionnement: L'engagement de la caution n'aura d'effet qu'à partir de l'époque où cette obligation se formera ; l'accessoire ne pouvant subsister sans le principal (2).

Puisque ce contrat a pour objet de garantir l'exécution d'une obligation, la caution doit être capable de s'obliger, et présenter, quant à sa solvabilité, toutes les garanties désirables (2018, 2020).

Le cautionnement ne se présume pas; car il entraîne des obligations. — Par cette même raison, on ne peut étendre ses effets au

1 Pothier, Oblig., n. 131. Troplong, n. 157 et suiv. Ponsot, n. 117 et suiv. Dur., n. 326. Grenoble, 10 juin 1825. Cass. 6 août 1844. Dall., n. 117.

(2) Troplong, n 50. Pothier, Oblig, n. 399. Dur., t. 18, n. 302. Ponsot, n. 36. Paris 13 mars 1816. —Jugé conformément à ces principes, que l'on peut cautionner une obligation future et incertaine dans sa quotité, pourvu qu'elle soit déterminée dans son espèce : par ex., les effets de commerce qu'un banquier peut tenir d'un débiteur. (Cass. 16 juin 1846. D., p. 46, 1, 234. Dev., 1846, 1, 440.)

delà des limites dans lesquelles il a été contracté. — Lors même qu'il est conçu en termes généraux, il n'embrasse que les obligations qui résultent du contrat principal (2016).

La loi n'exige pas que le cautionnement soit formellement accepté par le créancier : l'acceptation peut être tacite ; elle résulterait suffisamment de l'assignation en payement donnée par le créancier à la caution (1) ; — exceptons le cas de cautionnement soit légal, soit judiciaire. Il faut, dans ces deux derniers cas, une acceptation formelle.

Les obligations de la caution passent à ses héritiers : mais ceux-ci ne sont pas contraignables par corps (2016).

Les art. 2011 à 2017 règlent l'étendue du cautionnement.

Les art. 2018 à 2020 déterminent la garantie que doit présenter la caution.

2011 — Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

=Il résulte clairement de cette disposition, que le cautionnement est un contrat accessoire et même subsidiaire ; en effet, ces mots : *si le débiteur n'y satisfait pas lui-même*, font évidemment allusion au bénéfice de discussion. (*Voyez* art. 2021.)

Mais suit-il de là, que l'engagement de la caution soit conditionnel ; que le créancier ne puisse agir contre elle, qu'en justifiant, par une mise en demeure restée infructueuse, de l'insolvabilité du débiteur principal? Duranton (n. 331 et 332) (2) se prononce pour l'affirmative : «... Il n'est pas nécessaire, dit-il, que le créancier, avant de pouvoir poursuivre la caution, ait formé une demande judiciaire contre le débiteur principal ; rien dans le Code ne présuppose cette demande. Mais il est nécessaire, du moins, que le défaut de payement par le débiteur soit justifié à la caution, puisque celle-ci n'est obligée qu'à défaut, par le premier, de remplir son engagement ; c'est là une condition de l'accomplissement de laquelle, par conséquent, le créancier doit justifier : or, il n'en justifie point par la simple production du titre... Le cas où la caution s'est obligée solidairement doit seul être excepté. »

Ce système est généralement rejeté: Pothier (n. 413) entre autres, s'exprime ainsi : « L'obligation du fidéjusseur est pure et simple : Le fidéjusseur, à moins de clauses particulières, est obligé sur-le-champ, d'une manière *directe, naturelle*, et le créancier peut le poursuivre *rectâ viâ*, sans attendre l'insolvabilité du débiteur principal. »—Quelle serait en effet l'utilité d'une sommation préalable au débiteur principal ? A quoi bon multiplier les actes de procé-

(1) Grenoble, 10 juin 1825.

(2) *Voyez*, dans le même sens, Delv., p. 143, n. 1.

dure et les frais ? Ne suffit-il pas de réserver à la caution la faculté de se soustraire aux poursuites, en opposant les bénéfices de discussion et de division ? Le système contraire, prête à l'art. 2011 un sens qu'il n'a pas : Les poursuites directes contre la caution sont autorisées, dès le moment où il est établi, peu importe par quel moyen, que le débiteur ne paye pas quand il devait payer et comme il devait payer. Ces mots qui terminent l'art. 2011 : *si le débiteur n'y satisfait pas lui-même*, expriment clairement, par leur généralité, la pensée du législateur à cet égard (1). La discussion préalable est nécessaire sans doute pour établir l'insolvabilité du débiteur ; mais elle est inutile pour prouver le défaut de payement *actuel*; c'est là un fait indépendant de toute procédure.

2012 — Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.

On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de minorité.

= Le cautionnement est une obligation accessoire ; or l'accessoire suit le sort du principal : « L'obligation du fidéjusseur, dit Troplong (n° 46), n'est que l'obligation principale elle-même, étendue jusqu'à lui ; le fidéjusseur doit ce que le débiteur principal doit ; son obligation est la même. »

Toute obligation peut être cautionnée, quels que soient son origine, son objet ou son but ; qu'elle ait été contractée purement et simplement, sous une condition, ou à terme. — La fidéjussion peut intervenir, même en sous-ordre, pour garantir l'exécution des engagements d'une caution (2014). En un mot, ce contrat se prête à toutes circonstances où une personne a besoin de crédit.

On peut cautionner même l'obligation contractée par une personne, de livrer la chose d'autrui ou d'accomplir un fait convenu : — Au premier abord, cette proposition paraît étrange : En effet, comment contraindre une caution à livrer une chose qui ne lui appartient pas, ou à faire un acte personnel à l'obligé principal ? La difficulté disparaît, lorsqu'on se rappelle que les obligations se résolvent en dommages-intérêts quand elles ne sont pas exécutées ; or, la caution garantit le payement de cette peine pécuniaire (2).

Mais aussi, par une conséquence du même principe, il faut re-

(1) Ponsot, n. 33. Zach., t. 3, p. 150. Troplong, n. 232. Bordeaux, 18 avril 1841. Pal. 1842, 2, 164.

(2) Championnière et Rigault. Troplong, n. 124. Ponsot, n. 34, 38 et 98. *Voyez* cep. Dur., n. 315, t. 18.

connaître que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable :

Ainsi, les obligations sans cause, sur une fausse cause, sur une cause illicite et celles qui ont pour objet une chose hors de commerce, impossible, ou contraire, soit aux lois, soit aux mœurs, ne peuvent être cautionnées (Pothier, 396) (1). Dans ces deux dernières catégories, nous placerons les dettes de jeu et celles qui sont le résultat d'un pari, puisque la loi ne les reconnaît pas (1965) (2).

Jugé, que le cautionnement d'une clause pénale, stipulée par l'acquéreur d'un immeuble vendu à vil prix, pour le cas où le vendeur lésé de plus des 7[12es, intenterait l'action en rescision, n'est pas obligatoire ; car cette clause est nulle comme contraire aux lois (1674) (3).

Toutefois, pour que le cautionnement soit maintenu, il suffit que l'obligation principale produise un effet civil quelconque, ne serait-ce que celui d'empêcher la répétition de la somme payée : Ainsi, on peut cautionner une obligation naturelle, par ex., l'obligation éteinte civilement soit par la prescription, soit par l'effet d'un concordat; l'obligation contractée par une femme mariée non autorisée (4), ou même par un mineur *doli capax* bien qu'il puisse se faire restituer pour lésion (5): rien n'empêche en effet le mineur devenu majeur, de renoncer au bénéfice introduit en sa faveur. — Quant à l'engagement de la femme, il peut être validé soit par l'approbation de son mari donnée après coup ; soit par elle-même, lorsqu'elle a recouvré l'exercice de ses droits (225 et 1125) (6). — On donne encore pour exemple, l'obligation contre laquelle s'élève la présomption légale d'un serment décisoire ou d'un jugement passé en force de chose jugée (1351 et 1358); enfin, celle qui résulte, pour les héritiers ou ayants cause du donateur, de la nullité pour vice de forme (1340), qui entache l'acte de disposition.

Les règles que nous venons d'exposer étaient formellement établies par ce texte romain : *Fidejussor accipi potest quoties ut aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicatur* (7) ; elles s'induisent nécessairement, de la disposition du deuxième alinéa de l'art. 2012; elles sont reproduites dans l'article 2036.

(1) Ponsot, n. 39. Toullier, t. 6, n. 345. Rolland, Rép., v° Cautionnement, n. 32. Pau, 12 janvier 1826. Bastia, 14 avril 1834. Grenoble, 4 décembre 1830. Paris, 17 mai 1843. Pal., 1844, 1, 408.

(2) Troplong, n, 85. Ponsot, n. 46 et 73. — Pothier, n. 194, étend cette décision aux dettes de cabaret.

(3) Ponsot, n. 7. Troplong, n. 86. Merlin, v° Caution, § 1er. Pau, 12 janvier 1826.

(4) Troplong, n, 53 et 82. Toullier, t. 6, n. 394, t. 7, n. 571. Championnière et Rigaud, n. 1422. Merlin, Quest., v° Hyp., p. 418, n. 5. Paris, 24 juillet 1819.

(5) Troplong, n. 73. Ponsot, n. 63. Cass. 30 novembre 1812.

(6) Toullier, n. 394. Zach., t. 3, § 424, n. 5. Dur., t. 18, n. 305. Troplong, n. 82. Solon, n. 273, 279. Paris. 24 juillet 1819.

(7) L. 16, § 3, ff, *de fidejuss.*

Apres avoir posé en principe, que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, l'article 2012 modifie cette règle en déclarant, dans un deuxième alinéa, que si l'obligation peut être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, c'est-à-dire, par une cause uniquement fondée sur l'incapacité de la personne, la rescision n'exerce aucune influence sur le cautionnement : — Mais il garde le silence et laisse dès lors soumis à la règle qui lie intimement l'accessoire au principal, le cautionnement d'une obligation qui, sans être radicalement nulle, est néanmoins entachée d'un vice intrinsèque (2036): le fidéjusseur pourrait, sans nul doute, comme le débiteur lui-même, opposer au créancier poursuivant cette cause d'annulation. — Peu importerait que le débiteur eût ratifié l'obligation : Comment admetre qu'il ait pu enlever à la caution un droit qu'elle tient de la loi ? D'ailleurs, il résulte de l'article 1338, que la ratification ne peut être opposée aux tiers ; or, la caution est un tiers, par rapport à l'acte confirmatif auquel elle n'a pas concouru (1).

Jugé, par application du même principe, que la caution n'est pas tenue d'accepter sans examen le compte débattu entre le créancier et le débiteur principal (2) et qu'elle peut attaquer le jugement de condamnation obtenue par le créancier, si le débiteur ne fait aucune diligence (3).

Que devrait-on décider, si le fidéjusseur avait promis de payer *sans opposer d'exception*? Cette clause serait contraire à l'essence du cautionnement; car la caution se trouverait plus rigoureusement tenue que le débiteur principal : on la considérerait comme une simple promesse de payer de bonne foi (Troplong, n. 93 et suiv.).

Au résumé, si l'exception que peut opposer le débiteur principal est *in personam*, c'est-à-dire, si elle est fondée sur son incapacité, par ex., en cas de minorité, le fidéjusseur doit subir les conséquences du contrat : on présume qu'il s'est obligé, en vue de cette incapacité. D'ailleurs, *nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.*

Mais si l'exception est fondée *in rem*, c'est-à-dire, sur la dette elle-même; par ex., sur le dol, la violence, l'erreur, la lésion énorme; en d'autres termes, si la nullité est inhérente au contrat, circonstances qui vicient la convention dans sa substance, qui détruisent l'un de ses éléments, le fidéjusseur peut s'en prévaloir.

Nous reviendrons sur cette distinction sous l'art. 2036.

La caution qui a payé la dette du mineur de l'interdit ou d'une femme mariée non autorisée, n'a de recours contre le débiteur que

(1) Ponsot, n. 58 et suiv. Troplong, n. 89 et suiv.
(2) Bruxelles, 15 mars 1808.
(3) Cass. 11 fructidor an XIII.

jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi (*de in rem verso*) : Telle est la règle générale.

Peut-on cautionner valablement un interdit ? L'art. 502 déclare nuls de droit, tous actes passés depuis le jugement, par l'interdit, ou par l'individu soumis à un conseil judiciaire sans l'assistance de son conseil.

Delvincourt (p. 140, n. 4) conclut de là, que celui qui a cautionné de tels engagements est tenu non comme caution, puisqu'il n'y a point d'obligation première ; mais comme principal obligé : Suivant lui, la personne qui cautionne un interdit est censée s'obliger *donandi animo*.—Cette doctrine, empruntée de Pothier (n. 394), est évidemment inadmissible sous le Code : Ces mots de l'art. 502 : *nuls de droit*, ne signifient point que la nullité est radicale, absolue : si cela était vrai, l'art. 1125 ne restreindrait pas à l'interdit ou à ses héritiers la faculté d'invoquer le bénéfice du jugement, et l'art. 1304 ne limiterait pas à 10 années l'exercice de cette faculté: l'obligation est nulle de droit en ce sens, que l'interdit n'a pas besoin, pour faire prononcer la nullité, de prouver qu'il est lésé ; ce qui établit une différence entre sa position et celle du mineur *doli capax*.—Concluons de là, que l'engagement de la caution est obligatoire; en supposant, bien entendu, que l'interdit ait contracté dans un intervalle lucide ; Autrement, l'obligation principale n'aurait pas d'existence aux yeux de la loi (1). Selon nous, la lucidité se présume, sauf la preuve contraire.

Appliquez *à fortiori* cette doctrine, au cas de cautionnement des obligations contractées par un individu soumis à un conseil judiciaire.

Tous les auteurs admettent la validité du cautionnement des obligations de l'interdit lorsqu'elles dérivent d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délit; car elles tirent leur force de la loi (2).

Nous avons dit, que le cautionnement de l'obligation contractée par un mineur est valable, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le mineur est émancipé ou en tutelle : Mais supposons que les engagements du mineur émancipé aient été réduits en vertu de l'art. 484, C. C : Quelle influence cette réduction aura-t-elle sur le cautionnement? Duranton (n. 308) et Delv. (p. 140, n. 4) distinguent : « Si celui qui a traité avec le mineur l'a circonvenu et trompé, l'obligation, dans ce cas, n'est pas seulement annulable sur le fondement d'une exception purement personnelle au principal obligé ; mais encore sur le fondement du dol du créancier ; la caution, à moins qu'elle n'ait donné son consentement en connaissance de cause, peut invoquer cette réduction: l'exception est *in rem*. Mais si la réduction est prononcée en considération de la fortune du mineur ou de l'inutilité des dépenses, la caution ne peut en profiter ; l'exception est *in perso-*

(1) Delv., t. 2, n. 4, p. 136. Dur., n. 306, Ponsot, n. 65. Troplong, n. 80.
(2) Delv., p. 140, n. 4. Dur., n. 308.

nam. » — On répond avec raison, que la mauvaise foi dont parle l'article 484 a un caractère moins grave que le dol : Cet article, en effet, ne statue point sur le cas de fraude caractérisée; autrement, il eût prononcé la nullité de l'obligation, conformément à l'art 1116 : Il suppose que les tiers ont abusé de l'inexpérience et de la légèreté du mineur; qu'il y a eu de leur part surprise, indélicatesse : ces faits sont blâmables, sans doute ; mais ils n'affectent point l'engagement d'un vice substantiel. (*Voyez* nos observations sur l'art. 484) (1).

Peut-on cautionner la vente d'un fonds dotal ? L'affirmative n'est pas douteuse : il ne s'agit que d'une nullité relative, inhérente à la qualité de femme mariée, et par conséquent susceptible de cautionnement.—Au surplus, on peut rassurer l'acquéreur au moyen de l'obligation d'un porte-fort (2).

Supposons que le cautionnement soit postérieur à l'obligation principale : Pendant combien de temps la caution pourra-t-elle opposer la nullité fondée sur le vice inhérent au contrat ? Aura-t-elle dix ans à partir du jour où elle se sera engagée ? — L'action de la caution doit se mesurer, quant à sa durée, sur celle que peut exercer le débiteur principal; elle est limitée au temps qui restait à ce dernier (Ponsot, n. 61).

On décide généralement, que le cautionnement s'éteint, lorsqu'il a été contracté en une qualité contre laquelle le débiteur s'est fait restituer : par ex., si l'on a accepté pour le mineur une succession, sans observer les formalités prescrites, et qu'il se soit fait restituer; la caution qu'il peut avoir donnée pour garantir le payement des dettes, cesse d'être obligée ; car ce n'est pas seulement le mineur qui a été cautionné ; mais le mineur *héritier* (3).

2013 — Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

= Du principe que le cautionnement n'est qu'un accessoire de l'obligation principale il résulte :

(1) Troplong, Cautionnement, n. 79; Vente. n, 166. Ponsot, n. 63.

(2) Dur., t. 15, n. 525. Bellot, p. 200. Ponsot, n. 52 et suiv. Tessier, Dot, n. 689. Troplong, n. 31, 67, 87 et 88. Cass. 11 mars 1807; 3 avril 1825. Riom, 31 janvier 1828. Poitiers, 5 mai 1825. Grenoble, 6 mars 1833. Montpellier, 7 mars 1850. D., 1850 2 142.

(3) Pothier, Cautionnement, n. 382 ; Communauté, n. 730.

1° Qu'il serait absolument sans cause, et dès lors entièrement nul, si la caution promettait autre chose que le débiteur principal: par exemple, si quelqu'un se rend caution, pour vingt pièces de vin, d'une personne qui me doit 1,000 fr., le cautionnement est sans effet, à moins que les circonstances ne permettent de voir dans le cautionnement un pacte *constitutæ pecuniæ*: L'obligation n'est plus alors accessoire, mais principale; elle est essentiellement distincte, par sa nature, de l'obligation préexistante, bien qu'elle s'y rattache (1).— *Contrà*, on peut valablement se rendre caution pour une somme de 1,000 fr., d'une personne qui doit vingt pièces de vin; car, l'argent étant l'estimation commune de toutes choses, celui qui doit vingt pièces de vin est réellement débiteur de 1,000 fr. (2). — Il est bien entendu, que la caution se libérerait en livrant du vin ; car le vin est l'objet de l'obligation principale (Dall., n. 88).

Une personne vend un héritage; une autre personne se porte caution pour l'usufruit de cet héritage: le cautionnement est-il valable? Oui, car l'usufruit fait partie de la chose vendue (Pothier, n. 370).

2° Que le cautionnement ne peut être plus étendu que l'obligation principale: au delà de cette obligation, il n'y a rien à garantir (3). L'engagement contracté en dehors des termes du cautionnement est sans cause.

Le plus s'estime non-seulement *quantitate*, mais encore *tempore:* Par ex., si, la dette est à terme, la caution jouit du bénéfice de ce terme, bien qu'elle se soit obligée purement et simplement;— *loco* : par ex., si, le débiteur et la caution demeurant à Paris, le débiteur s'oblige à payer à Paris, et la caution à Rouen : la caution profitera de l'obligation de payer à Paris, si elle est moins onéreuse (Pothier, n. 374);—*conditione :* par ex., je m'oblige à payer 1,000 fr., si tel *et* tel événement arrivent; la caution s'engage sous la disjonctive *ou* : la position de cette caution sera plus onéreuse que la mienne ; car il suffira que l'un des événements arrive, pour que l'obligation qu'elle a contractée existe: la caution ne sera dès lors tenue, comme le débiteur, qu'autant que l'un et l'autre événement se réaliseront : — *modo*: par ex., si la dette est *quérable*, la caution ne sera point liée par l'engagement qu'elle prendra, de payer au domicile du créancier.

La caution peut-elle s'obliger à payer une somme fixe, par ex. : 2,000 fr, bien que la dette principale ne soit pas liquidée? L'affirmative n'est pas douteuse : mais alors, on présume qu'en fixant un chiffre, la caution a seulement voulu limiter ses engagements; de telle sorte qu'on ne puisse lui demander au delà : Si par l'effet de la li-

(1) Pothier, n. 8, 18, 19, 23, 29. Troplong, n. 122.
(2) Pothier, n. 269. Pansot, n. 99.
(3) Bordeaux, 21 mai 1840. Pal., 1841, 1, 132. Cass. 12 janvier 1842. Pal., 1842, 1, 174.

quidation, la dette principale est réduite, la caution se libérera donc en payant cette somme.

Notons surtout, que le cautionnement n'est pas nul lorsqu'il excède le montant de l'obligation principale : il est seulement réductible ; car celui qui a promis le plus, a nécessairement promis le moins: ainsi, on doit restreindre l'obligation accessoire dans les termes de l'obligation principale (1).

S'il apparaît que la caution ait voulu ajouter à l'obligation primitive, cette convention sera valable ; on la considérera non comme un cautionnement ; mais comme un pacte *constitutæ pecuniæ* (2).

Dans le cas de cautionnement alternatif de l'obligation pure et simple, l'engagement de la caution se réduit à la chose qui fait l'objet de l'obligation principale : la caution sera donc, comme le débiteur, libérée par la perte de la chose due ; mais elle aura sur lui l'avantage de pouvoir se libérer en livrant l'autre, si elle le préfère: par conséquent, il faut reconnaître, que sous certains rapports, l'obligation pure et simple est plus onéreuse que le cautionnement alternatif : si la caution paye la chose promise par le débiteur, ce payement produit l'effet d'un véritable cautionnement : si elle livre l'autre, elle se libérera d'une obligation principale, par l'effet d'une sorte de pacte *constitutæ pecuniæ*; d'où il résultera que, dans ce dernier cas, tout en payant ce qu'elle a promis, elle ne sera pas subrogée à l'action du créancier (Pothier, Oblig, n° 457 et suiv.).

Lorsque le débiteur s'est obligé à livrer une chose ou l'autre sous une alternative, à son choix, la caution peut, si elle s'est obligée quant à l'une de ces choses seulement, se libérer, comme lui, par la délivrance de l'une des deux choses qui forment l'objet de l'obligation principale ; elle a, de plus, l'avantage attaché à sa propre obligation, d'être libérée par la perte de la chose qu'elle a promise (Dur., n. 314 ; Ponsot, n. 106).

Si le débiteur est obligé sous une alternative à son choix, et la caution sous une alternative au choix du créancier, on réduira l'engagement de la caution, à la mesure de l'obligation principale : ainsi, la caution ne sera réputée obligée qu'à son choix.

Ces principes, au surplus, ne sont que des règles d'interprétation.

Le cautionnement peut être valablement contracté pour une partie de la dette, ou sous des conditions moins dures : par ex., si le débiteur principal contracte purement et simplement, la caution peut s'obliger à payer pour un certain temps ou sous condition. Dans le doute, il est naturel de régler la portée du cautionnement sur celle de l'obligation principale.

— Le fidéjusseur, avons-nous dit, ne peut, à ce titre, s'imposer de conditions plus onéreuses que le débiteur principal : mais peut-il se lier plus étroitement? peut-il, par

(1) Dur., n. 312. et suiv. Delv., p. 140, n. 5. Troplong, n. 123 et suiv.
(2) Ponsot, n. 102. Troplong, n. 115 et 122. Dur., n. 311. Delv., p. 140, n. 5.

ex., se soumettre à donner nn gage ou une hypothèque, bien que le débiteur n'ait pas fourni de garantie de cette nature? — Ce ne sont pas là des conditions plus onéreuses; mais des sûretés: Le lien de la caution est le même que celui du débiteur principal, bien qu'il soit plus étroit et plus efficace. Cette opinion, du reste, était unanimement admise par nos anciens auteurs; ils distinguaient avec soin, l'obligation même, de l'exécution de cette obligation. —Le point important, en matière de cautionnement, est que le fidéjusseur ne soit pas obligé de donner plus que le débiteur principal.—Si le débiteur ne possède pas d'immeubles, pourquoi refuserait-on à la caution, la faculté d'hypothéquer les siens pour garantie de ses engagements? —On peut cautionner une obligation naturelle, « et cependant, dit Pothier (n. 377), le fidéjusseur qui accède à une obligation naturelle, est plus étroitement obligé que le débiteur principal, puisqu'il peut être contraint à payer, et que le débiteur principal ne le peut être, le créancier n'ayant point d'action contre lui.— Suivant nos usages, dit le même auteur, une caution judiciaire est contraignable par corps, quoique le débiteur principal n'y soit pas sujet; *Puta*, si c'est un mineur, une femme, un septuagenaire : Il est par conséquent plus durement lié que l'obligé(1). »

La caution pourrait-elle se soumettre à la contrainte par corps, bien que le débiteur principal ne fût pas soumis à cette voie d'exécution? — En ce qui touche la caution judiciaire, l'affirmative n'est pas douteuse (2040): mais que doit-on décider par rapport aux autres cautions? — L'art. 2063 interdit, en principe, à tous Français d'engager leur liberté; Les exceptions sont déterminées par les art. 2040 et 2060 : Dire que la contrainte par corps a lieu contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte, n'est-ce pas déclarer clairement, que les cautions autres que les cautions judiciaires, ne sont soumises à la contrainte par corps qu'autant, d'une part, qu'elles y ont consenti, et d'autre part, que le débiteur principal lui-même y serait soumis? Evidemment, la contrainte par corps, cette sanction pénale, rend l'obligation plus onéreuse; — au surplus, la question a été résolue en ce sens au conseil d'Etat. « Comment la caution serait-elle contraignable par corps, a dit M. Treilhard dans son discours au corps législatif quand le débiteur lui-même n'est pas soumis à cette exécution rigoureuse (2) ? »

Les clauses pénales qui se traduisent en une somme à payer, peuvent-elles être imposées à la caution, sans l'être expressément au débiteur principal? — Cette clause aurait pour résultat de faire entrer dans les mains du créancier quelque chose de plus que ce qui a été promis par le débiteur principal; par conséquent, elle serait nulle comme excessive (Troplong, n. 113).

L'engagement pris par un tiers, de payer une certaine somme, au cas où le débiteur obligé à faire ou à livrer une chose, ne remplirait pas son obligation, est-il valable? — On peut cautionner toute espèce d'obligations; or, le tiers qui cautionne une obligation de faire, ne s'engage pas à la remplir *in formâ specificâ*, au cas où le débiteur ne la remplirait pas lui-même; mais seulement à indemniser le créancier en cas d'inexécution.—En quoi les principes s'opposent-ils à ce que cette indemnité soit déterminée dans l'acte, à titre de cautionnement, comme limite des chances que la caution entend courir? (Ponsot, n. 96 et suiv. Troplong, n. 51. *Voy.* cep. Dur., n. 39.)

Si le débiteur principal a obtenu un délai de grâce pour payer sa dette, la caution peut-elle s'en prévaloir, pour soutenir que le terme est également prolongé pour elle? — Le délai de grâce est une faveur toute personnelle ;—au surplus, la caution arrivera indirectement au même résultat, en opposant le bénéfice de discussion (Ponsot, n. 104).

(1) Pothier, n. 377. Dur., n. 311. Zach., t. 3, p. 150. Troplong, n. 108 et suiv. Ponsot, n. 109.

(2 Fenet, t. 15, p. 38. Troplong, n. 109 et suiv., 114, 169. Ponsot., n. 108. Malleville.

2014 — On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, même à son insu.

On peut aussi se rendre caution non-seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné.

= Le cautionement, à la vérité, suppose l'existence d'une obligation principale : mais c'est envers le créancier, que la caution s'oblige ; elle ne contracte aucun engagement envers le débiteur : il importe peu, dès lors, que ce dernier donne son consentement, puisqu'il n'a pas le droit d'empêcher le créancier de prendre ses sûretés.

Le fidéjusseur qui s'engage en vertu d'un mandat émané du débiteur principal, a contre ce dernier l'action *mandati contraria.*

Peut-on cautionner un débiteur malgré lui ? Rien ne s'y oppose : son consentement n'est pas nécessaire pour valider la cession d'une créance; or, le cautionnement produit indirectement ce résultat. — Sans doute, la caution engagée *malgré* le débiteur, n'aura point l'action *negotiorum gestorum* pour l'exercice de son recours : Mais elle agira comme le mandataire ou le *negotiorum gestor*, en vertu de la subrogation légale : les art. 1251, n. 3, et2029 ne distinguent pas.

Il peut arriver, que le créancier, ne trouvant pas la caution suffisamment solvable, en exige une autre pour répondre de sa solvabilité : la première caution est alors considérée comme principal obligé par rapport à la seconde : on donne à celle-ci le nom de *certificateur de caution.*

Il y a cette différence entre le fidéjusseur et le certificateur, que le premier répond directement de la dette ; tandis que le second ne fait que certifier la solvabilité du répondant.

2015 — Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

= L'obligation de fournir caution, peut résulter, pour le débiteur, d'une convention, de la loi, ou d'un jugement : mais l'obligation de la caution est toujours conventionnelle : en effet, le cautionnement participe des actes de bienfaisance, relativement au débiteur; or, il est de principe, que de pareils actes ne se présument point : dès lors, pour que la caution soit engagée, il faut qu'elle y consente *expressément* : ainsi un avertissement et même une invitation de prêter de l'argent ou de fournir des marchandises à un tiers que l'on recommande et que l'on dit solvable, n'équivaut pas

à un cautionnement.—Au surplus, en cette matière comme en toute autre, les circonstances sont souveraines : La loi exige seulement qu'il n'y ait aucun doute.

Gardons-nous de croire, qu'un écrit soit nécessaire pour constater la volonté de cautionner : il ne s'agit point ici d'un acte solennel (1) : la preuve orale, dans le cas où elle peut être admise suivant le droit commun, suffit pour établir l'intention des parties à cet égard.

Par application du même principe, on décide que le cautionnement ne s'étend pas d'une personne à une autre : En cautionnant tel débiteur, je ne me porte pas caution de son coobligé ou cointéressé dans la même affaire.

Mais ne concluons pas de là, que le cautionnement s'éteigne de plein droit par le décès de la personne cautionnée : quand la dette est transmissible, le contrat accessoire est maintenu, bien que les héritiers du principal obligé ne puissent inspirer, ni par leur capacité ni par leurs ressources, la même confiance que leur auteur; car on contracte non-seulement pour soi, mais encore pour ses héritiers : Ce n'est ni la moralité, ni la solvabilité du débiteur que la caution a garanti; mais le payement de la dette : par conséquent, elle est engagée tant que l'obligation subsiste (1122) (Troplong, n. 150).

La caution doit donc faire des réserves, si elle veut restreindre la durée de ses engagements : cette réserve, du reste, peut être tacite :

Une femme usufruitière qui a été cautionnée se marie : la caution cesse d'être engagée ; car elle n'a pas prévu que la femme conférerait un jour le bénéfice de son droit à un tiers.—Vainement dirait-on, que le changement d'état n'a point modifié les obligations de la personne (2); Qu'en remettant à un tiers l'administration de ses biens, la femme est censée jouir par elle-même : ce serait oublier que la femme, en se mariant, se place sous la dépendance et l'autorité de son mari et lui confère la jouissance de ses propres (Troplong, n. 154).

Un usufruitier a donné caution au propriétaire, en vertu de l'article 601, C. civ.: S'il vend son droit, la caution se trouve déchargée vis-à-vis du nu-propriétaire, sauf toute stipulation contraire (3).

Quoiqu'en principe, le cautionnement ne se présume pas, il a lieu de plein droit en certains cas (*Voy.* les art. 1216, 1419, 1431 et 1432). Mais gardons-nous de croire, que ce soient là des exceptipns : il s'agit de débiteurs obligés *principaliter;* de débiteurs que l'on qualifie de cautions, uniquement pour leur procurer les prérogatives du

(1) Troplong, n. 135. Ponsot, n. 10. Cass. 26 mai 1829 ; 1er février 1836. Dev., 1, 511.

Dans les idées primitives du droit romain, le cautionnement ne pouvait être donné que dans la forme solennelle des stipulations; plus tard, on s'est écarté de ce formalisme. Ulpien, L., 30, ff. *de verb. oblig*, Justinien, *Instit. de fidej.*, § 7. L., 27, *C. de fidej.*

(2) Proudhon, Usuf. Ponsot, n. 31.

(3. Troplong, n. 153.

recours vis-à-vis de leur codébiteur : cela nous explique pourquoi la règle de l'article 2015, toute de faveur pour la caution, ne peut lui être opposée (1).

2016 — Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.

= Pour connaître l'étendue des obligations de la caution, il faut toujours se référer aux termes du cautionnement et ne point perdre de vue cette règle de la loi romaine : *fidejussio est strictissimi juris et non extenditur de re ad rem, de personâ ad personam, de tempore ad tempus.*

Lorsque la caution a déterminé la somme ou la cause qu'elle prétend garantir, son obligation est limitée à cette somme ou à cette cause : par exemple, si un tiers se rend caution de mon fermier, pour le payement des fermages, il n'est pas tenu des autres obligations du bail. — L'engagement qu'il contracte pour l'exécution du bail, ne s'étend pas aux obligations que produira la tacite reconduction (1740). — Le cautionnement de la somme principale, ne s'étend pas aux accessoires (2).

Au contraire, lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, c'est-à-dire, quand ils comprennent l'ensemble de l'obligation ; par ex., l'administration d'un tuteur, d'un fermier, ou la dette, sans limitation spéciale, le fidéjusseur est censé vouloir garantir *in omnem causam* les obligations qui résultent du contrat ; en conséquence, il répond, non-seulement de la somme principale, mais encore des intérêts ; il est tenu même des intérêts moratoires, c'est-à-dire, de ceux qui ont couru depuis la demande, quoique cette demande ne lui ait pas été dénoncée : connaissant l'époque de l'exigibilité, il devait veiller à l'exécution de l'obligation : d'ailleurs, les intérêts moratoires ne sont que des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ; or, la caution est tenue des dommages-intérêts.—Nous n'exceptons pas même la responsabilité des actes frauduleux commis par le débiteur principal au préjudice du créancier (3).

La caution est tenue des frais faits par le créancier pour obtenir payement du débiteur ; toutefois, l'obligation dont elle est tenue sous ce rapport, est restreinte à la première demande : il eût été inique,

(1) Troplong, n. 147, Ponsot, n. 113.

(2) Pothier, Oblig., n. 405. Troplong, n. 149. Merlin, Rép., v° Caution. § 1er, n. 3. Troplong, n. 147. Dur., t. 18, n. 320. Zach., p. 115. Ponsot, n. 119 et suiv. Rouen, 23 déc. 184 . Bordeaux, 22 mai 1840. Dall., n. 98. Cass. 12 janvier 1842. Dall., n. 171. Dev., 1842, 1, 138.

(3) Pothier, Oblig. n. 405. Troplong, n. 158. Troplong, n. 157 et suiv. Ponsot, n. 117 et suiv. Grenoble, 10 juin 1825, Bordeaux, 30 novembre 1830.

en effet, de mettre à sa charge les conséquences de poursuites qu'elle peut avoir ignorées et qu'elle aurait pu éviter. Mais ses engagements s'étendent aux frais postérieurs à la dénonciation des poursuites.

On entend ici, par première demande, le commandement si l'obligation est notariée, et l'ajournement, si elle résulte d'un titre privé, ou si elle est verbale. — Le cautionnement n'embrasse point les frais d'enregistrement; car ils ne font point partie de l'obligation (1) : Les droits d'enregistrement sont dus à l'occasion de contrat; mais ils ne dérivent pas de la même cause que l'obligation principale : Le cautionnement n'a pas été donné au fisc; mais au créancier stipulant.

Quelque général que soit le cautionnement, ses effets sont restreints aux obligations qui naissent du contrat; on ne peut les étendre à celles qui résultent d'une cause étrangère : par ex., les engagements de celui qui cautionne un administrateur des revenus publics, sont bornés à la restitution des deniers publics; ils ne comprennent pas les amendes qui pourront être prononcées contre cet administrateur, par suite de quelque malversation (2). — La caution du liquidateur d'une société, n'est tenue ni des frais ni des dommages-intérêts auxquels ce liquidateur a été condamné (3).

Toutefois, il en serait autrement, si la caution avait garanti, par une clause générale, toutes les obligations qui seront la conséquence du contrat. — Le juge doit apprécier les termes de l'acte.

Nous avons vu, que le cautionnement peut être restreint au capital : en cas de discussion des biens du débiteur, doit-on décider, par suite, qu'il faut éteindre le capital avant de payer les intérêts; en d'autres termes, qu'il faut d'abord décharger la caution? La caution a dû savoir, que de droit commun, les à-compte s'imputent d'abord sur les intérêts (1254) : Le créancier n'est pas présumé vouloir renoncer à ce bénéfice (4).

2017 — Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée (5).

= Les héritiers sont saisis des biens, droits et actions du défunt; ils doivent dès lors acquitter toutes les charges de sa succession : mais la contrainte par corps, voie d'exécution à laquelle la caution

(1) Ponsot, n. 125. Merlin, v° Caution, n. 3. Dur., n. 320. Troplong, n. 166 et 149. Championnière et Rigaud, n. 3836. Cass. 6 octobre 1866.

(2) Pothier, n. 106. Merlin, Caution, § 1er, n. 3. Troplong, n. 164 et suiv.

(3) Cas. 26 février 1835. Dall., n. 108 et 118.

(4) Ponsot, n. 115. Cass. 12 janvier 1857. Dall. 1857, 1, 278.

(5) Proposition triviale et superflue : elle a été puisée traditionnellement dans les ouvrages de nos anciens auteurs, qui eux-mêmes l'avaient empruntée des jurisconsultes romains.

est en certains cas soumise (2040 al. derr., 2060 5°), ne s'étend pas jusqu'à eux : on ne présume pas facilement qu'une personne ait engagé sa liberté (Voyez l'art. 2040).

Il va sans dire, que l'obligation se divise de plein droit entre les héritiers, eu égard à leur part héréditaire : tel est le droit commun (873, 1122, 1221).

2018 — Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la Cour d'appel où elle doit être donnée.

= Remarquons, avant tout, ces mots de notre article : *le débiteur obligé à fournir caution* : ils expriment implicitement, que la réunion des conditions dont nous allons parler, n'est pas de rigueur, en cas de cautionnement conventionnel, si la personne a été désignée dans l'acte et agréée par le créancier : Libre en effet aux parties, de régler leurs intérêts comme elles le jugent convenable; c'est au créancier à s'éclairer avant de donner son consentement : le cas où le débiteur est tenu de donner caution en vertu d'un jugement, de la loi, ou à raison d'une promesse, doit seul nous occuper.

Le but du cautionnement, est d'assurer l'exécution d'une obligation : or, trois conditions sont requises, pour que la personne présentée comme caution, donne toute sécurité à cet égard ; il faut :

1° Qu'elle soit *capable de contracter* ; c'est-à-dire, de s'obliger; ce qui exclut les mineurs même émancipés, et les femmes mariées non autorisées de leurs maris.

Les *mineurs même émancipés ;* car ils ne peuvent faire d'emprunts sous aucun prétexte, sans observer les conditions prescrites par l'article 483. — S'ils n'ont point la capacité d'emprunter pour eux-mêmes, comment admettre qu'ils puissent s'engager valablement, en se portant caution de l'emprunt fait par un autre (1)?

Les femmes mariées non autorisées de leurs maris, sont évidemment incapables, lorsqu'elles n'ont point l'administration de leurs biens.

Quant aux femmes séparées, on peut dire que l'article 217 leur interdit la faculté d'aliéner et d'hypothéquer ; mais qu'il garde le silence et laisse dès lors au droit commun toute son autorité quand il s'agit d'un emprunt ; que dès le moment où la femme séparée de biens est reconnue capable d'aliéner son mobilier, on ne voit point de raison pour priver d'effets, dans cette limite, les engagements qu'elle a contractés, soit à titre d'emprunt, soit à titre de caution-

(1) Merlin, Rép., v° Caution, § 2, n. 1, 3e alinéa. Dans l'ancien droit le cautionnement contracté par le mineur, pour faire sortir son père de prison, pouvait, suivant les circonstances être maintenu (Delv., p. 141, n. 4. Merlin, Rép., v° Caution, § 2; mais sous la législation nouvelle, cette opinion ne peut être admise.

nement. — Quoi qu'il en soit, il faut moins s'attacher à la lettre des textes qu'à leur esprit : or, nous avons démontré que la femme séparée ne peut faire d'emprunt ; donc elle ne peut se porter caution (Voyez nos observations sur les articles 217 et 1449).

Observons, que l'incapacité de la femme résulte uniquement de la dépendance où elle se trouve soumise par l'effet du mariage : les filles et les veuves majeures sont capables de tous les contrats (1123 et 1124) (1).

2° Quelle soit solvable ; c'est-à-dire, quelle ait des immeubles suffisants pour garantir la créance en capital intérêts et frais (2019).

3° Qu'elle soit domiciliée dans le ressort de la cour d'appel du lieu où elle doit être donnée ; car la facilité de poursuivre un débiteur, fait partie de sa solvabilité : Une discussion qu'il faudrait suivre au loin, serait dispendieuse et souvent inutile.

Il importe peu, du reste, que la caution ait son domicile réel dans le ressort de la cour ; la loi ne l'exige pas : son but unique est de faciliter les poursuites, en plaçant la caution sous la main du créancier ; or, un domicile *d'élection* atteint parfaitement ce résultat (articles 111 Code civ., 59 Pr.) (2).

Ainsi, la caution judiciaire doit être domiciliée dans le ressort de la cour dont dépend le tribunal qui a rendu le jugement (517 et suiv. Pr.).

La caution conventionnelle, doit être domiciliée dans le ressort de la cour où le débiteur a lui-même son domicile (1247) ; car les clauses douteuses s'interprètent en faveur de ce dernier.—Il en serait ainsi, quand même le payement devrait se faire dans un autre lieu, s'il n'a rien été stipulé relativement à la caution (3).

Mais que doit-on décider lorsqu'il s'agit d'une caution légale ? Celle que l'usufruitier est tenu de fournir, aux termes de l'art. 601, doit avoir son domicile dans le ressort de la cour d'appel du lieu où il est domicilié ; car c'est le tribunal de ce lieu, qui doit connaître de la demande en prestation de caution.

Le légataire d'un usufruit, doit donner caution dans le ressort de la cour où la succession s'est ouverte ; car c'est au lieu de l'ouverture de la succession que devront se vider les contestations relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort (59 Pr.) (4).

Néanmoins, si l'usufruitier ne peut trouver de caution ayant son

(1) En droit romain les femmes mariées ou non mariées ne pouvaient s'engager pour autrui : le sénatus-consulte velléien frappait de nullité ces sortes d'engagements. Ce sénatus consulte était observé dans nos pays de droit écrit ; mais il s'est trouvé aboli par le Code civil et par la loi du 30 ventôse an XII, même à l'égard des femmes mariées sous son empire ; car c'était là un statut personnel (Cass. 5 mars 1811, 17 août 1813).

(2) Troplong, n. 199. Dur., t. 18, n. 325. Ponsot, n. 163.

(3) Ponsot, n. 159. *Voyez* cen. Troplong, n. 193. Suivant cet auteur, la caution doit être donnée au lieu où le créancier est lui-même domicilié.

(4) Proudhon, Usuf., n. 149 et suiv. Troplong, n. 196.

domicile dans ce ressort, on doit lui laisser une plus grande latitude. Les tribunaux concilient autant que possible l'intérêt du créancier et les convenances de l'usufruitier.

La caution qu'un héritier bénéficiaire peut être contraint de fournir, aux termes de l'art. 807, doit être domiciliée dans le ressort de la cour du lieu où la succession s'est ouverte ; car l'héritier bénéficiaire, en tant qu'il agit en cette qualité, est légalement réputé domicilié dans ce lieu (993 Pr.).

La caution *judicatum solvi*, doit avoir son domicile dans le ressort de la cour dont dépend le tribunal saisi de la cause (art. 16).

Voyez pour les réceptions de cautions les art. 517-522 Pr.

Est-il nécessaire que les immeubles de la caution soient également situés dans le ressort de la cour ? (*Voy.* art. 2019).

Les personnes présentées comme cautions judiciaires, doivent de plus être contraignables par corps (2040, art. 2).

Remarquons, en terminant, que le cautionnement conventionnel ne peut être remplacé par des gages suffisants : *aliud pro alio*, *invito creditori solvi non potest :* cette faculté n'est accordée au débiteur qu'en matière de cautionnement légal ou judiciaire (2041) (1).

— Si la caution, qui n'a point été désignée par le contrat, mais qui cependant, a été agréée par le créancier, transporte son domicile hors du ressort de la cour d'appel du lieu où elle a été reçue, le créancier est-il en droit d'en exiger une autre ? — Les inconvénients sont les mêmes, disent Duranton (n. 335) et Zach. (p. 154), que si on lui eût présenté dès l'origine une caution domiciliée hors du ressort. D'ailleurs on peut, sous certains rapports, assimiler le changement de domicile de la caution, au cas d'insolvabilité ; circonstance qui donne au créancier, le droit d'exiger une autre caution. — Ces auteurs nous paraissent avoir méconnu l'esprit de la loi : Le cautionnement est de droit strict; on doit dès lors se renfermer rigoureusement dans les termes du texte : Or, l'art. 2020 prévoit uniquement le cas d'insolvabilité.—Dans le système que nous venons d'exposer, il faudrait, pour être conséquent, reconnaître que la caution s'affranchit, en changeant de domicile, des engagements qu'elle a contractés : Ce serait là un résultat bizarre, subversif de tous principes juridiques. — D'ailleurs, le débiteur, en fournissant une caution solvable, a rempli ses obligations ; On ne saurait le rendre responsable d'un fait qu'il n'a pas été en son pouvoir d'empêcher. — Le cas où le fidéjusseur aurait quitté son domicile pour des causes équivalentes à l'insolvabilité, telle que l'expatriation ou la fuite pour échapper à des poursuites judiciaires, pourrait seul motiver l'action du créancier : mais ces cas seraient exceptionnels. — Nous pensons, toutefois, que le créancier pourrait forcer la caution à élire domicile dans le ressort de la cour où elle était originairement domiciliée (2).

Bien que capable légalement, la caution pourrait-elle être récusée, si son caractère tracassier et processif donnait au créancier des inquiétudes réelles ? — Troplong (n. 188) enseigne que les tribunaux devraient, si les défauts de caractère de la caution étaient poussés à l'excès, prendre en considération le refus du créancier, de se trouver en contact avec des personnes de ce caractère : — Mais cette opinion, fondée sur des textes romains, aurait pour résultat, si elle était admise, d'investir le juge d'un pouvoir arbitraire. — Les incapacités sont de droit

(1) Troplong, n. 202. Néanmoins l'opinion contraire était admise par Pothier, n. 393.

(2) Troplong, n. 200 et 222. Ponsot, n. 165.

strict : la circonstance dont il s'agit n'est pas mise au nombre des causes de récusation déterminées par l'art 2018 (Dalloz, n. 129).

2019 — La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique.

On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation.

= Ainsi, pour juger de la solvabilité d'une caution, on ne tient en général aucun compte de sa fortune mobilière ; car cette base n'est pas stable comme celle qui consiste en immeubles (1); — On ne s'arrête pas davantage aux immeubles par destination ; car ces sortes de biens, lors même qu'ils sont frappés d'hypothèques, échappent également au droit de suite (2119);—Enfin, la loi rejette les immeubles litigieux ; parce qu'ils sont incertains dans la main du possesseur.

Pour qu'un immeuble soit réputé litigieux, dans le cas prévu par l'art. 2019, il suffit que le droit de la caution à la propriété de cet immeuble soit contestable, bien qu'il n'y ait pas de procès commencé. Le mot *ligitieux*, ne reçoit pas, dans le cas prévu par l'art. 2019, le sens restreint qui lui est donné dans l'art. 1700 : si la caution ne peut présenter comme garantie de sa solvabilité, des immeubles hypothéqués pour des valeurs considérables, *à fortiori* doit-on écarter ceux dont la propriété est résoluble entre ses mains (2) ; par ex., à raison de ce qu'il y a lieu de craindre une action en revendication. Sur ce point la plus grande latitude d'appréciation est laissée aux tribunaux (Dur., n. 326, t. 18).

Il y a plus : Pour que la caution soit réputée solvable, suivant l'art 2019, il ne suffit pas que ses propriétés foncières surpassent en valeur l'objet de l'obligation principale ; qu'elles ne soient ni litigieuses ni trop facilement résolubles, ni surchargées d'hypothèques : il faut, en outre, que ces biens ne soient point, par leur éloignement, d'une discussion trop difficile.

Mais il importe peu que les immeubles soient situés dans le ressort de la cour où la caution doit être reçue (3). — L'éloignement s'apprécie eu égard au lieu où la caution doit être donnée (2018) : Sur ce point, la loi ne trace pas de règle absolue.

(1) Nous pensons néanmoins qu'en immobilisant des rentes sur l'Etat ou des actions sur la Banque de France, on satisferait au vœu de la loi (Troplong, n. 204).—Il a même été jugé que la solvabilité hypothécaire de la caution peut être remplacée par le dépôt d'une somme à la caisse des dépôts et consignations (Paris, 27 décembre 1839. Dall., n. 379).

(2) Dur., t, 18, n. 326. Ponsot, n. 145. Troplong, n. 209. Delv., t. 3, p. 257. Chauveau sur Carré, Q. 1827 bis. Colmar, 31 août 1810.

(3) Dur., t. 18, n. 326, Ponsot, n. 156. Troplong, n. 211. Dev., t. 3, p. 137, n. 6. Chauveau sur Carré. Quest. 1827 bis. Turin, 13 août 1808. Cass. 14 mars 1838. Dev., 1838, 1, 416. Pal., 1838, 1. 415.

Les tribunaux doivent, bien entendu, en appréciant la suffisance des immeubles, prendre en considération l'importance des dettes chirographaires; car les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (1).

La solvabilité d'une caution ne s'estime, disons-nous, qu'eu égard à ses propriétés foncières. Cette règle souffre exception : 1° lorsque la dette est modique; — 2° lorsqu'il s'agit d'affaires commerciales: le commerce repose sur la confiance; d'ailleurs, la fortune d'un commerçant ne consiste ordinairement qu'en objets mobiliers (2).

La soumission de la caution, faite conformément à l'art. 519 Pr., n'emporte pas hypothèque judiciaire : Le jugement de réception de caution n'intervient qu'entre le débiteur et le créancier ; la caution n'est point partie dans l'instance; son rôle est passif; elle n'agit que par production au greffe : dès lors, les art. 2117 et 2123 ne sont pas applicables. Si la caution devait nécessairement se soumettre à laisser prendre une inscription hypothécaire sur ses biens, le législateur n'aurait pas eu à s'occuper, dans l'art. 2020, du cas où elle serait devenue insolvable. (3)

2020 — Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre.

Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution.

= Le débiteur doit-il présenter une nouvelle caution, lorsque celle qu'il a fournie cesse de réunir, après le cautionnement, les conditions déterminées par les articles 2018 et 2019? Distinguons :

En ce qui touche la capacité, il suffit qu'elle ait existé au moment où le contrat s'est formé : peu importe au créancier qu'elle ait cessé depuis; le changement d'état de son débiteur valablement obligé, ne doit lui causer aucun préjudice.

Que faut-il décider, si la caution a transporté son domicile hors du ressort de la cour du lieu où elle a été donnée? (*Voyez* article 2018, Question.)

Que déciderons-nous enfin, si depuis le cautionnement reçu, la caution est devenue insolvable? Le débiteur doit en fournir une autre: il est tenu de maintenir, jusqu'à l'extinction de ses engagements, les garanties qu'il a données, puisqu'elles ont été exigées par le créan-

(1) Paris, 17 décembre 1806 ; D., t. 2, p. 382.

(2) Rouen, 13 avril 1808.

(3) Paris, 12 septembre 1839. Dall., n. 133 et 379. Pal. 1839, 2, 292. Avril 1820. *Voy.* cep. Dur., n. 328 et 329.

cier, pour sûreté de l'exécution du contrat: L'article 2020 est formel sur ce point.

L'insolvabilité s'entend ici, du cas où des désastres ont renversé complétement la fortune de la caution : Le créancier ne pourrait se fonder, pour exiger une caution supplémentaire, sur la seule circonstance que la caution originairement donnée aurait fait des pertes.

Il ne suffirait même pas, pour justifier cette demande, que la caution eût aliéné l'un des immeubles qu'elle possédait au moment du contrat; ce serait d'ailleurs frapper en quelque sorte de main-morte sa fortune immobilière et entraver toute transaction.

Est-ce à dire que le créancier devra rester à découvert et subir sans se plaindre, les suites de l'insolvabilité partielle? L'article 2131 nous démontre que le législateur n'a pas eu cette pensée : de même que le créancier hypothécaire peut exiger un supplément d'hypothèques, lorsque les sûretés qu'on lui a données sont devenues insuffisantes ; de même, celui qui ne trouve plus dans la caution, les garanties sur lesquelles il comptait, doit avoir le droit d'exiger une deuxième caution : les deux cas sont identiques (1). — Le tribunal prononce eu égard aux circonstances.

L'art. 2020 est conçu en termes généraux : que la caution soit légale, judiciaire ou conventionnelle ; qu'elle ait été déterminée ou non dans l'acte qui constate l'obligation, le débiteur doit en présenter une autre, lorsque celle qu'il a fournie est devenue insolvable : la loi est claire et précise ; elle n'admet d'exception, que pour le cas où le créancier a lui-même choisi la caution qu'il prétend avoir : alors seulement, il doit supporter toutes les conséquences des événements ultérieurs qui trompent son attente.

Toutefois, plusieurs opinions se sont élevées sur ce point : suivant Merlin (Rép., v° Caution, § 11, n. 11), si la caution est légale ou judiciaire, le débiteur doit, en cas d'insolvabilité survenue depuis le cautionnement, en fournir une nouvelle : *secùs* si elle est conventionnelle. — Cette distinction, proposée au conseil d'Etat (art. 10 du projet), a été rejetée (Fenet, t. 15, p. 10 et suiv.); elle est d'ailleurs contraire au texte. — Troplong (n. 216 et suiv.), Malleville, Pigeau (Proc.) et Delv. (t. 3, p. 143, notes), admettent la sous-distinction suivante, faite par Pothier : la caution doit être renouvelée, si elle est légale ou judiciaire : il en est de même, en cas de cautionnement conventionnel, si le débiteur s'est obligé à donner une caution indéterminément; car le créancier, en contractant sous cette garantie, a suffisamment manifesté l'intention d'avoir une caution qui fût toujours solvable et qui offrit une sûreté réelle jusqu'à l'exécution effective de l'obligation : mais s'il a contracté sous la caution d'un tel, devenu ensuite insolvable, le débiteur n'est pas tenu

(1) Dur., t. 18, n. 329. Troplong, n. 219.

d'en fournir une nouvelle.—Le Code va plus loin que Pothier : il n'affranchit le débiteur, de la garantie dont il s'agit, que dans le cas où le créancier a *formellement exigé* pour caution, la personne devenue insolvable (Ponsot, n. 168 et suiv.; Dall, n. 141 et suiv).

Lorsque le débiteur doit fournir une caution nouvelle, à raison de l'insolvabilité de la première, quelle est la nature de ce nouveau cautionnement? On décide généralement, qu'il prend le caractère du précédent ; c'est-à-dire, qu'il est légal, judiciaire ou conventionnel, suivant que celui-ci était légal, judiciaire ou conventionnel. Si le cautionnement est judiciaire, la caution nouvelle doit dès lors être contraignable par corps (2040) (Ponsot, n. 167 et suiv.).

— L'article 2020 n'obligeant le débiteur à fournir une caution nouvelle qu'autant que la caution est devenue *depuis* insolvable, on demande si la caution qui était déjà insolvable à l'époque où elle a été reçue, devrait être également remplacée ? — Si le débiteur a connu l'insolvabilité de cette caution, il doit en fournir une autre ; car il s'est rendu coupable de dol : mais que devrait-on décider s'il croyait la caution solvable ? par exemple, un négociant qui passait pour riche au moment où le contrat s'est formé, était ce jour-là ou la veille, ruiné par une faillite: le créancier pourra-t-il demander une caution nouvelle ? — En présence des termes précis du texte, nous n'hésitons pas à décider que le juge devra rejeter cette demande.

L'insolvabilité postérieure, résulterait-elle de ce que la caution couvrirait ses biens d'hypothèques ? — Aux termes de l'art. 2018, la solvabilité d'une caution s'estime eu égard à ses propriétés foncières: toutefois, il faut prendre en considération la cause des hypothèques: par ex., si l'hypothèque était légale, la demande du créancier ne pourrait être admise; car ces sortes d'hypothèques ne constituent pas une insolvabilité. — Il en serait autrement, si les hypothèques étaient conventionnelles ou judiciaires : Le juge prononcerait eu égard aux circonstances (1).

Si le cautionnement s'éteint en tout ou en partie par confusion, par ex., si le débiteur hérite de la caution ou la caution du débiteur, doit-on assimiler cette circonstance au cas d'insolvabilité ? — Ce n'est point ici le cas d'obliger le débiteur à renouveler le cautionnement, dit Troplong (n. 220), puisque le créancier peut recourir à la séparation des patrimoines (art. 678 et 2111), ce qui suffit pour garantir ses droits. — Mais ce système placerait le créancier dans une situation trop rigoureuse; car il se trouverait dans la nécessité d'engager une procédure: Il nous paraît plus rationnel de l'autoriser à exiger d'autres garanties: l'absence de toute caution, dit fort bien Ponsot (n. 174), est la plus complète des insolvabilités.

Quid si la confusion provient de ce que le créancier a hérité du fidéjusseur ? — Cette circonstance n'est point assimilée à l'insolvabilité de la caution : le débiteur opposerait avec succès au créancier poursuivant, la maxime : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* : le créancier n'est admis à demander une caution nouvelle, que dans le cas d'insolvabilité de celle qu'on lui a donnée (2).

Quid en cas de décès de la caution ? — Il n'y a point lieu à la dation d'une caution nouvelle, puisque les héritiers succèdent aux obligations de leur auteur (Troplong, n. 223).

(1) Ponsot, n. 118. Dur., n. 329.
(2) Troplong, n. 221. Ponsot, n. 176 et 319.

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

Après avoir envisagé le cautionnement dans sa nature et dans son objet, la loi considère ce contrat dans ses effets : or, une caution a des rapports et des engagements avec le créancier, avec le débiteur et avec les autres cautions.

Parlons d'abord de l'effet du cautionnement entre le créancier et le fidéjusseur.

SECTION I.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION.

Le cautionnement se renferme dans les termes du contrat : ainsi, lorsque la caution a déterminé la somme qu'elle prétend garantir, son engagement est restreint à cette somme ; lorsque l'acte ne contient aucune disposition particulière sur ce point, elle est tenue de toutes les obligations principales et accessoires qui dérivent de la convention, même des frais du premier acte de poursuites dirigées contre le débiteur, et des frais postérieurs à la notification qui lui a été faite de cet acte.

La caution est engagée directement et principalement: néanmoins il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit de sa part d'un acte de bienfaisance : l'équité veut dès lors qu'elle ne soit tenue de payer qu'à défaut du débiteur principal, et que s'il y a plusieurs cautions solvables, le fardeau de la dette soit réparti également sur tous.

De ces principes résultent, pour la caution poursuivie, deux bénéfices ou exceptions :

1° Le bénéfice de discussion (2021 à 2025);

2° Le bénéfice de division (2025 à 2027).

L'exception de discussion, a pour effet d'obliger le créancier à épuiser les biens du débiteur principal avant de poursuivre les cautions (2021), et de le rendre responsable de l'insolvabilité survenue par le défaut de poursuites (2024).

Elle doit être proposée, comme toute autre exception dilatoire, sur les premières poursuites (2022 C. civ., 173 Pr.).

Mais trois conditions sont requises pour qu'elle soit admise: il faut, 1° que la caution avance les deniers suffisants pour faire la discussion ; 2° qu'elle indique les biens du débiteur principal ; 3° que la discussion de ces biens puisse avoir lieu facilement.

Toutefois, le fidéjusseur est privé du bénéfice de discussion :

1° Quand il s'agit d'un aval (142 C. de com.);

2° En matière de cautionnement judiciaire (2042);

3° Quand le débiteur est notoirement insolvable (2023);

4° Quand il a renoncé à ce bénéfice, ou lorsqu'il s'est engagé solidairement ;

5° Quand il a hérité du débiteur principal ;

6° Quand il est lui-même auteur du trouble : par ex., s'il agit en revendication contre l'acquéreur d'un immeuble, bien qu'il ait cautionné le vendeur, on peut lui opposer la règle : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Passons au bénéfice de division :

On désigne ainsi, l'exception par laquelle une caution, assignée en payement de toute la dette (2026), demande qu'on ne la poursuive que pour sa part et portion ; c'est-à-dire, que le créancier divise son action entre tous les cofidéjusseurs.

Nous verrons (art. 2026) quelles sont les conditions requises pour que la division ait lieu.

De même que l'exception de discussion ne peut être invoquée par la caution que sur les poursuites du créancier ; de même la caution ne peut, avant d'être actionnée, provoquer la division, même en offrant sa part dans la dette.

Mais à la différence de l'exception de discussion, l'exception de division peut être opposée en tout état de cause ; même en appel : cette exception, en effet, tient plus des exceptions péremptoires que des exceptions dilatoires, puisqu'elle tend à écarter entièrement l'action du créancier, pour les parts que doivent supporter les autres fidéjusseurs (Pothier, n. 426).

Jusqu'au moment de la division, ou plutôt, jusqu'au moment de la demande formée à cet effet par la caution (car la décision du juge rétroagit à cette époque), chacun des fidéjusseurs est tenu de la dette pour le tout ; celui qui a payé au delà de sa part n'a donc point d'action en répétition : mais, après la division prononcée par jugement, la dette est tellement divisée, que si l'un des fidéjusseurs était devenu insolvable, le créancier n'aurait aucun recours contre les autres pour la part de cet insolvable : — ainsi, la caution qui obtient la division devient étrangère au surplus de la dette.

Le créancier peut renoncer au bénéfice de division : sa renonciation est même présumée, lorsqu'il actionne séparément chacune des cautions (2027).

Réciproquement, les cofidéjusseurs peuvent, au moment où ils contractent, renoncer au bénéfice de division et au bénéfice de discussion.

Cette renonciation est tacite lorsqu'ils s'engagent solidairement avec le débiteur principal (1).

La personne qui s'engage pour une autre peut se porter *caution solidaire* ou *codébiteur solidaire :* ne confondons pas ces deux positions : assurément, elles sont identiques en ce qui touche l'action

(1) Il est même à remarquer que les notaires omettent rarement, dans les actes notariés qui constatent les cautionnements, la clause de renonciation ou celle de solidarité ; cette clause est devenue de style (Ponsot, n. 187).

du créancier ; mais les résultats sont bien différents dans les rapports des coobligés entre eux :

Au 1er cas, un recours pour le tout est ouvert contre le débiteur ; car il y a présomption légale que l'engagement a été contracté dans son intérêt exclusif.

Au 2e cas, on applique les règles de la solidarité (1213) : La partie qui exerce le recours ne peut exiger de son codébiteur le remboursement intégral de la dette, qu'à charge de prouver qu'elle a été contractée dans le seul intérêt de ce dernier (1216).

La simple renonciation au bénéfice de discussion n'emporte pas renonciation au bénéfice de division, et *vice versâ* ; car la cause et les effets de ces bénéfices sont différents.

La caution est subrogée par la loi à tous les droits du créancier qu'elle a payé ; sans préjudice de la demande qu'elle peut former, à raison des frais qui ont été le résultat nécessaire du cautionnement et des dommages-intérêts qui peuvent lui être dûs (2028).

Si elle a payé sans avertir le débiteur *et* sans être poursuivie, tout recours lui est refusé, lorsque ce dernier, dans l'ignorance du payement, a payé une deuxième fois, ou lorsqu'il prouve qu'il aurait eu des moyens, pour faire déclarer la dette éteinte ; sauf l'action de la caution contre le créancier (2031).

La loi énumère cinq circonstances qui autorisent la caution à agir contre le débiteur avant d'avoir payé (*Voyez* art. 2032).

Bénéfice de discussion.

2021 — La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins, que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.

= Suivant la législation romaine antérieure à Justinien, le créancier pouvait contraindre la caution, sans avoir préalablement discuté le principal débiteur : Le cautionnement, disait-on, n'est qu'une extension de l'obligation principale ; il a pour résultat de conférer au créancier, le droit d'actionner directement le fidéjusseur; deux personnes se trouvent alors obligées envers lui ; il peut poursuivre à son choix l'une ou l'autre. — Cette rigueur, exercée envers des personnes qui souvent ne se sont engagées que par un sentiment de pure bienveillance, devait être adoucie ; elle était d'ailleurs contraire à la nature du cautionnement, puisque ce contrat renferme seulement,

de la part du fidéjusseur, obligation de payer, au cas où le débiteur ne payerait pas. — Justinien introduisit en faveur des cautions, l'exception *de discussion*. — Les auteurs du Code ont admis ce bénéfice; mais en prenant soin, comme nous le verrons, de prescrire certaines mesures qui étaient indispensables pour garantir les droits du créancier.

Lorsque l'un des débiteurs obligé solidairement a donné caution, cette caution peut obliger le créancier à discuter non-seulement le débiteur dont elle a garanti l'engagement; mais encore tous les autres débiteurs principaux : l'équité veut, en effet qu'une dette soit payée plutôt par les véritables débiteurs que par ceux qui se sont obligés accessoirement : d'ailleurs, celui qui se rend caution d'un débiteur solidaire garantit par le fait l'engagement des autres (1).

Du principe que le bénéfice de discussion est établi en faveur des cautions, il résulte :

1° Qu'elles peuvent y renoncer : c'est même ce qu'elles sont présumées faire, quand elles s'engagent *solidairement* avec le débiteur, ou lorsqu'elles déclarent vouloir s'obliger comme le *débiteur principal* : au premier cas, elles acceptent les conséquences de la solidarité (1208); au deuxième cas, elles sont réputées obligées *in solidum*. (Voyez notre tome 4, p. 470.)

Toutefois, nous ne dirons pas, avec Dur. (n. 332), que la caution solidairement obligée ne conserve ce titre que *par rapport au débiteur* et qu'elle doit être rangée sur la même ligne qu'un débiteur solidaire ordinaire par *rapport au créancier :* l'art. 2021 doit être entendu *secundùm subjectam materiam* ; il faut le combiner avec l'art. 1203; or, cet article règle uniquement le droit de poursuite, accordé au créancier : nul doute que la caution solidaire peut se prévaloir des causes de nullité *in rem* qui entachent l'obligation principale, et même de la compensation qui a eu lieu du chef du débiteur (comp. 1208, 2e alinéa, et 1294). D'ailleurs, l'art. 2036 ne distingue pas entre la caution simple et la caution solidaire (2).

La renonciation au droit d'opposer la discussion, ne s'induirait pas d'expressions vagues; par ex. de ces mots : *promettant, obligeant, renonçant*, sans autre explication ; ou même de la promesse de payer dans un certain délai, à défaut de payement par le débiteur : il faut une manifestation formelle de volonté.

La renonciation peut avoir lieu, soit dans l'acte de cautionnement, soit par un acte postérieur.

2° Que les poursuites du créancier sont valables, si la caution ne requiert pas la discussion.

3° Que la caution doit user de ce bénéfice dès le principe ; sur les

(1) Pothier, n. 413. Troplong, n. 270. Ponsot, n. 200.
(2) Pothier, n. 381. Zach., p. 159. Troplong, n. 241.

premières poursuites dirigées contre elle ; toute exception dilatoire étant couverte par une défense au fond (*voy*. art. 2022).

4° Enfin, que le bénéfice de discussion ne peut être invoqué par la caution qui a hérité du débiteur principal.

Si la caution a renoncé au bénéfiee de discussion, le créancier peut-il se prévaloir de cette clause contre le certificateur? Non évidemment : le certificateur doit jouir de tous les avantages accordés à la caution ; la renonciation à un droit ne se présume pas (Troplong, n. 242).— Mais aussi, par une conséquence du même principe, il faut appliquer au certificateur, la règle qui impose à la caution elle-même, l'obligation de renvoyer le créancier, sur les premières poursuites, à la discussion préalable des biens de la personne dont la solvabilité est ainsi garantie.

2022 — Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle.

=La caution est obligée directement et principalement : le créancier peut, en conséquence, diriger des poursuites contre elle, sans avoir au préalable constitué le débiteur en demeure (1);—mais notre article lui réserve la faculté de s'y soustraire, en opposant le bénéfice de discussion.—Comme il s'agit ici d'une faveur, la caution doit manifester formellement la volonté d'en user : Le juge ne pourrait d'office suppléer au silence qu'elle garderait.

Le bénéfice de discussion doit être invoqué par la caution sur les *premières poursuites* ; c'est-à-dire, lorsque les poursuites sont *judiciaires*, avant toute défense au fond (*à limine litis*), puisque l'exception est dilatoire (186 Pr) (2);— lorsqu'elles sont *extrajudiciaires*; en d'autres termes, lorsque le créancier, porteur d'un titre éxécutoire, procède par voie de commandement ou de saisie, avant de faire aucun acte, ou de laisser écouler un délai qui emporte présomption légale d'abandon du droit (3) ; le juge est appréciateur des circonstances :

Au 1er cas, l'exception est opposée par acte d'avoué à avoué. — *Au 2e cas*, elle est requise par exploit notifié au créancier.

La loi exige que l'exception soit opposée sur les premières poursuites ; car il ne conviendrait pas, qu'après avoir fatigué le créancier par de nombreuses chicanes, la caution pût retarder encore le

(1) Zach., t. 3, § 426, n. 3. Ponsot, n. 33. Troplong, n. 231 et suiv.

(2) Cass. 12 janvier 1808. Bruxelles, 3 février 1826. Bordeaux, 18 août 1841. Dall., n. 179. Pal., 1842, 1, 164. *Voyez* cep. Delv. sur l'article 2021. Dur., t. 18, n. 331.

(3) Dur., n. 339 et suiv. Merlin, Rép., v° Caution, § 4, n. 1. Zach., p. 157. Pigeau, Proc., liv. 2, part. 5. tit. 1, chap. 8, § 2. Paris, 21 avril 1806. Bourges, 31 décembre 1830. Cass. 27 janvier 1835. Dev., 1835, 2, 774. Une sommation n'est pas un acte de poursuite, mais un simple avertissement. Rolland Rép., v° Discussion, n. 21. Persil, art. 2170. *Voyez* cep. Troplong, Hyp., t. 3, n. 801.

payement par une demande en discussion.—On admet généralement, que la caution est réputée avoir renoncé au bénéfice de discussion, lorsque les poursuites ont été poussées jusqu'à l'apposition des affiches de la saisie (1).

Observons que notre article statue pour le cas seulement où la cause des exceptions est déjà née au moment des poursuites : il ne règle pas celui où des biens susceptibles de discussion sont échus au débiteur principal depuis que la caution a défendu au fond : on ne peut admettre, en effet, que la caution ait voulu renoncer à un bénéfice qu'elle n'avait pas encore (2).

Si la caution a commencé par contester l'existence ou la validité soit de l'obligation principale, soit du cautionnement, est-elle encore recevable à opposer le bénéfice de discussion (3)? Le bénéfice de discussion suppose que l'obligation principale et le cautionnement sont reconnus : on ne peut dès lors conclure, que la caution renonce à ce bénéfice, lorsqu'elle dénie précisément le fait ou la validité soit de l'obligation principale, soit de son accession à cette obligation. « Les mots : sur les *premières poursuites*, dit Merlin (Rép., v° Caution), qui évidemment ne sont pas synonymes de ceux-ci : *entrée en cause*, ne présentent pas une autre idée : » — ainsi, nul doute qu'après avoir excipé sans succès de la nullité du cautionnement, la caution ne soit encore en droit d'invoquer le bénéfice de discussion. — Mais l'exception ne sera plus recevable, si la caution a défendu au fond et soutenu, par ex., que le créancier réclame plus qu'il ne lui est dû. — Pour juger si la caution a renoncé à son droit, il faut donc apprécier ses moyens de défense (4).

2023 — La caution qui requiert la discussion, doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.

Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal, situés hors de l'arrondissement de la Cour d'appel du lieu où le payement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.

= Il ne suffit pas que le fidéjusseur requière la discussion : il doit de plus indiquer au créancier les biens qu'il veut faire discuter. — L'indication peut porter sur des meubles comme sur des immeubles;

(1) Toulouse, 30 avril 1836. Dev., 1837, 2, 23. Cass. 27 janvier 1839. Bordeaux, 6 décembre 1839. Dev., 1840, 2, 208.

(2) Zach., p. 159. Merlin, Rép., Caution, § 4, n. 1. Potier, n. 411. Troplong, n. 256. *Voyez* cep. Dur., n. 337 et Ponsot, n. 191.

(3) Dur., n. 335. Troplong, n. 254. Ponsot, n. 189. Merlin, Rép., Caution, § 4, n. 1. Suivant Zach., p. 157, la caution n'est plus recevable à opposer le bénéfice de discussion si elle a engagé un débat sur l'obligation principale.

(4) Dur., n. 335. *Voyez* cep. Pigeau, Pr : liv. 2, p. 5, tit. 1. chap. 8, § 2.

elle peut embrasser toute ou partie de la fortune du débiteur; elle peut être bornée à une seule propriété (1).

L'exception serait recevable, lors même que la valeur des biens indiqués n'égalerait pas l'importance de la dette : sans doute, le créancier pourra éprouver l'inconvénient d'un payement partiel; mais il ne faut pas perdre de vue, que la caution n'a entendu s'obliger qu'à défaut de payement par le débiteur, et qu'on ne connaîtra la position de ce dernier qu'après la vente de ses biens.—Au surplus, le créancier peut éviter les inconvénients d'un payement partiel, en exigeant que le produit de la vente des biens soit déposé à la caisse des consignations, jusqu'à ce que la caution ait complété la somme nécessaire pour éteindre la dette (Dur., t. 18, n° 338).

L'indication doit avoir lieu en une seule fois ; la caution ne pourrait, après la discussion des biens qu'elle aurait déterminés, en indiquer d'autres : en lui permettant de faire des indications successives, on lui laisserait la faculté d'éterniser la procédure (Pothier, n° 412). — Exceptons le cas où des biens seraient survenus au débiteur *ex post facto*, par succession ou autrement (V. P. 654) (2).

La discussion a lieu aux risques et périls du fidéjusseur, puisqu'elle se fait dans son intérêt : par suite, le fidéjusseur doit faire l'avance des frais nécessaires, si le créancier l'exige. Mais la loi ne l'oblige pas à faire des offres spontanées (3). En cas de contestation sur le chiffre, le tribunal statue et décide par le même jugement si la somme sera versée entre les mains du créancier, ou si elle sera consignée (Troplong, n° 274).

Il faut, en outre, que la discussion réclamée soit de nature à s'opérer facilement, et qu'elle n'expose pas le créancier à des retards considérables ou à des contestations toujours pénibles : ainsi, le fidéjusseur ne doit indiquer ni des biens situés hors du ressort de la cour d'appel du lieu où le payement doit être fait, car l'éloignement en rendrait la discussion difficile; ni des biens litigieux, car on ne doit pas forcer le créancier à soutenir des procès qui peuvent être longs et incertains; ni des biens résolubles entre les mains du débiteur, ou couverts d'hypothèques jusqu'à concurrence de leur valeur; ni même des biens hypothéqués à la dette qui ne se trouvent plus en la possession du débiteur ou de ses successeurs à titre universel (4) : le créancier, il est vrai, peut, en exerçant l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs, obtenir le payement de la dette ou l'expropriation : mais un tel procès occasionne des retards et finit souvent par rendre le cautionnement onéreux. D'ailleurs, le tiers

(1) Pothier, Oblig., n. 412. Troplong, n. 262 et suiv.

(2) Troplong, n. 264. *Voy.* cep. Ponsot, n. 195.

(3) Troplong, n. 273, Cautionnement ; n. 801., Hyp. Dur. t. 20. n. 247. Cass. 21 mars 1827. *Voy.* cep. Bordeaux, 6 août 1833. Dev., 1834, 2, 51.

(4) Bordeaux, *ibid.*

détenteur ne mérite pas moins d'intérêt que la caution. — Les articles 2023 et 2024, sont en parfaite harmonie avec l'article 2170. Remarquons toutefois cette différence, que la caution peut requérir la discussion de tous les biens restés en la possession du débiteur; tandis que le tiers détenteur ne peut demander que la discussion des biens hypothéqués à la même dette (1).

L'expression *biens litigieux*, ne reçoit pas, dans l'art 2023, le sens restreint que lui donne l'art. 1700; elle doit s'entendre de tous les biens dont la propriété peut être contestée, même de l'état d'indivision (2). — Il n'est pas nécessaire que le débiteur soit en contestation sur le fond du droit.

2024 — Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites.

= Cet article tranche une question qui divisait nos anciens auteurs : on demandait sur qui devait retomber les suites de l'insolvabilité du débiteur, survenue depuis que l'exception de discussion avait été opposée, si l'on pouvait imputer au créancier de la négligence dans les poursuites qu'il aurait dû exercer? Pothier (n° 415) décidait, qu'elles pesaient néanmoins sur le fidéjusseur : le Code admet implicitement cette décision, lorsque la caution n'a point fourni au créancier le moyen d'opérer la discussion (3); mais, dans le cas contraire, il affranchit la caution de toute responsabilité jusqu'à concurrence des biens indiqués : Le créancier doit alors s'imputer, d'avoir occasionné l'insolvabilité, ou du moins, de ne pas l'avoir prévenue par des diligences faites en temps opportun. — Toutefois, il ne supporte l'insolvabilité que jusqu'à concurrence des biens indiqués : si cette valeur n'égalait pas le montant de la dette, la caution serait obligée de payer le surplus.

Lorsque l'insolvabilité n'est pas le résultat du défaut de poursuites, mais d'une autre cause, la caution n'est pas libérée.

— Le créancier qui prend sur lui de n'exercer de poursuites que sur une partie des biens du débiteur principal indiqués par la caution, conserve-t-il un recours contre la caution? — Non, car il est alors en défaut (arg. de l'art. 2024) (4).

Bénéfice de division.

Le bénéfice de division nous vient des Romains : La loi *Furia* avait

(1) Dur., n. 338. Troplong, n. 269.
(2) Toulouse, 9 mars 1919.
(3) Ponsot, n. 344. Troplong, n. 246. Dur., n. 339. Dall., n. 200 et 201.
(4) Cass. 8 avril 1835. Dall., n. 202.

établi, que l'obligation des fidéjusseurs se diviserait de plein droit entre ceux qui existeraient au moment de l'exigibilité (1). — Adrien décida, que la division se ferait uniquement entre les fidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio* (2). — Justinien admit que tous les cofidéjusseurs seraient solidaires (3).

Ces dernières règles ont passé dans nos lois modernes: Toutefois il faut, selon nous, admettre une distinction : (Voy. art. 2025).

2025 — Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette.

= La position des fidéjusseurs diffère, sous ce rapport, de celle des débiteurs qui se sont obligés conjointement : Il résulte, en effet, de l'art. 1202, que l'obligation se divise entre ces derniers, à moins que la solidarité n'ait été stipulée : pourquoi cette différence? Il est de la nature du cautionnement, que la caution s'oblige à tout ce que doit le débiteur principal : par conséquent, chacun de ceux qui se portent garants, est censé contracter cet engagement pour le tout : à moins de déclaration contraire, on doit supposer que le nombre des cautions a eu pour but d'augmenter les sûretés du créancier (Pothier, Oblig., nº 46).

Plusieurs auteurs (4) refusent à l'obligation imposée aux cautions, le caractère de solidarité, lors même qu'elles se sont engagées conjointement : *Aliud est teneri in totum*, disent-ils; *aliud teneri totaliter*: le bénéfice de division est exclusif de toute idée de solidarité ; on ne peut appliquer, en matière de cautionnement, les art. 1205, 1206 et 1207. — Ces auteurs confondent l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum :* ils oublient, que les principaux caractères de la solidarité parfaite se retrouvent, en ce cas, dans l'engagement contracté entre les cautions, à savoir : l'association entre les parties obligées et le mandat réciproque (5). A la vérité, l'art. 2026 leur accorde le bénéfice de division, ce qui est contraire au principe de la solidarité; mais une modification ne détruit pas le caractère du droit : Le bénéfice de division relâche le lien solidaire ; mais ce lien ne subsiste pas moins.

Nous déciderons, par suite, que dans notre hypothèse, les fidéjusseurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix, si la chose due a péri, depuis la demande, par la faute du débiteur ou de l'un d'eux (1205); que cette demande fait courir les intérêts (1207) et interrompt la prescription à l'égard de tous (1206), bien

(1) Caius, t. 3, Com., 121.
(2) Caius, L., 10 et 26 *de fidej.*
(3) L., 28, *C. de fidej., Instit. de verb., Oblig.*, § 1er, *de fidej.*, § 4.
(4) Delv., p. 142. n. 2. Zach., t. 3, p. 160, notes.
(5) *Voy.* notre tome 4, page 470, notes.

que le fidéjusseur poursuivi ait opposé l'exception de division (1).

Lorsque les cautions se sont engagées par des actes séparés, alors seulement il est exact de dire qu'elles se trouvent tenues *in solidum*, et que les art 1205, 1206 et 1207 ne reçoivent point d'application.

— La disposition de l'art. 2025 est-elle conçue dans un sens restrictif ou dans un sens explicatif? — Supposons que deux personnes aient emprunté conjointement une somme, sans solidarité : chacune d'elles, assurément, est obligée pour la moitié de la dette ; mais si deux autres personnes les ont cautionnées d'une manière générale, sans restreindre le cautionnement à l'obligation de l'un des débiteurs principaux, sont-elles tenues, chacune, de toute la dette? — Suivant Duranton (n. 341), l'article est explicatif : les deux débiteurs principaux doivent la somme entière; or, chacune des cautions les a cautionnés tous, par conséquent, elle a par cela même cautionné la dette en totalité, — Ce système est subversif des principes généraux : Dans l'espèce, chacune des cautions a réellement cautionné deux dettes, puisqu'elle a cautionné deux débiteurs principaux entre lesquels l'obligation a été divisée dès le principe. — La disposition de l'art. 2025 est exceptionnelle et rigoureuse ; il faut l'entendre restrictivement : sans doute, les deux débiteurs doivent toute la somme : mais ils la doivent divisément. — Si la prescription n'a été interrompue par le créancier que vis-à-vis de l'un des débiteurs, pourra-t-on soutenir que la caution sera néanmoins tenue des deux parts? Une pareille prétention serait évidemment inadmissible (Ponsot, n. 207).

2026 — Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.

Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.

= Cet article atténue la rigueur de l'art. 2025.

Lorsque plusieurs personnes ont cautionné au même debiteur, chacune d'elles, ainsi que nous l'avons vu, est obligée pour le tout : le créancier peut dès lors valablement actionner l'une ou l'autre à son choix, pour la totalité de la dette : mais le fidéjusseur poursuivi, peut user du bénéfice de division, c'est-à-dire, demander que l'action dirigée contre lui soit restreinte à sa part virile.— Cette faveur est accordée même aux cautions judiciaires : L'article 2043 ne distingue pas (2).

A quelle période de la procédure, le bénéfice de division doit-il être opposé ? La loi trace des règles précises à cet égard, lorsqu'il s'agit du bénéfice de discussion ; mais elle garde le silence en ce

(1) Troplong, n. 282 et suiv. Dall., n. 203. Bruxelles, 3 janvier 1815. Cass., 19 prairial an VII.

(2) Pothier, n. 417. Troplong, 3, 303.

qui touche l'exception de division : on considère généralement, suivant les errements de notre ancienne jurisprudence, l'exception de division comme péremptoire ; à la différence de l'exception de discussion, qui n'est que dilatoire : En conséquence, on décide que la caution peut s'en prévaloir, en tout état de cause, tant qu'elle n'a pas été condamnée en dernier ressort, ou par un jugement passé en force de chose jugée, à payer toute la dette (1).

Ne concluons pas des termes de l'article, que les insolvabilités ne cessent d'être à la charge de la caution, qu'autant que la division a été judiciairement prononcée : le jugement qui admet la division rétroagit au jour où l'exception a été opposée par la caution ; au jour où elle a été demandée par des conclusions directes ou reconventionnelles : c'est ainsi qu'on l'entendait autrefois; c'est ainsi qu'il faut encore l'entendre aujourd'hui.

Rappelons ici, que le moyen tiré de l'exception soit de discussion, soit de division, ne peut être suppléé d'office par le juge (2).

Quid, si les poursuites sont extrajudiciaires ? Suivant Dur. (n° 348), la caution ne peut opposer l'exception de division que jusqu'à la vente de ses biens exclusivement : après la vente, elle n'a plus cette faculté. — On répond, que l'exception de division n'a pas seulement pour objet, comme l'exception de discussion, de soustraire la caution aux poursuites du créancier ; mais encore de faire réduire l'obligation dont elle est tenue, et qu'il importe beaucoup à la caution, même après la vente de ses biens, de ne payer que sa part de la dette : l'exception est donc recevable, tant que le créancier n'est pas complétement désintéressé (3).

La division peut être demandée, non-seulement par les cautions elles-mêmes; mais encore par leurs héritiers ou ayants cause, et dès lors par le certificateur de caution.

Cinq conditions sont requises pour qu'elle soit prononcée ; il faut :

1° Que la caution n'ait pas renoncé à ce bénéfice (2036) : la renonciation est légalement présumée, lorsque les cautions se sont obligées solidairement, soit entre elles, soit avec le débiteur. (arg. des art. 2025 et 1203) (4).

2° Que ceux avec qui le fidéjusseur demande la division, soient cautions principales : la caution poursuivie ne pourrait demander que la division eût lieu entre elle et son certificateur ; car elle est débitrice principale par rapport à ce dernier (5). — Mais la division

(1) Pothier, n. 426. Zach., t. 3, 160. Dur., t. 18, n. 348. Ponsot, n. 220. Troplong, n. 295 et suiv.

(2) Troplong, n. 297. Dur., n. 348.

(3) Ponsot, n. 222. Troplong, n. 278.

(4) Troplong, n. 301. Ponsot, n. 209. Dur., n. 343 et 345. Rappelons ici que le cautionnement par forme d'aval ne donne pas droit au bénéfice de division. Le commerce n'admet pas de semblables exceptions.

(5) Pothier, n. 535. Troplong, n. 299. Ponsot, n. 246.

peut avoir lieu, sans nul doute, entre les certificateurs d'une même caution.

Les cautions qui se sont engagées séparément et successivement, peuvent-elles invoquer le bénéfice de division? Suivant Dur., (nº 346), les auteurs du Code ont entendu restreindre ce bénéfice à celles qui se sont obligées conjointement: « En exigeant une 2e caution, dit-il, le créancier a voulu se procurer des sûretés nouvelles; il n'a pas entendu diminuer celles que lui présentait la première obligation. Cependant, il en serait autrement, si le second acte de cautionnement était mis à la suite du premier, ou s'il en faisait mention: la caution poursuivie serait alors fondée à dire, qu'elle s'est engagée en considération de l'engagement de l'autre et en vue du bénéfice de division. » — Cette opinion est contraire au texte et à l'esprit de la loi: L'article 2025 prononce la division entre toutes les cautions; sans distinguer si elles sont conjointes ou si elles ne le sont pas. Le bénéfice de division n'est pas fondé sur l'intention présumée des parties; mais sur la faveur que méritent des personnes qui, par un sentiment de bienveillance, se sont engagées pour une même dette (1).

3º Que les cofidéjusseurs soient garants du même débiteur.

Dans le cas d'obligation solidaire, si chacun des cofidéjusseurs a cautionné un débiteur séparément, la division peut-elle avoir lieu? D'une part, on peut dire que les cautions ne sont point, dans cette hypothèse, cofidéjusseurs (Pothier, n. 413) (2): Mais Troplong (n. 306) fait observer, avec raison, que les deux débiteurs sont tenus d'une même dette; que chaque caution a garanti cette dette en totalité, et que l'article 2026 ne distingue pas.

4º Que les cofidéjusseurs soient solvables par eux-mêmes ou par leurs certificateurs au moment où l'un d'eux fait prononcer la division (3): C'est ce que l'on doit induire de ces termes de l'art. 2026: « Lorsque, dans un temps où une des cautions a fait prononcer la division. »

Ainsi, les insolvabilités antérieures à la demande en division sont à la charge des cautions solvables: le fidéjusseur qui a formé cette demande, est tenu, comme les autres, d'en supporter proportionnellement les conséquences: — quant aux insolvabilités survenues depuis la demande en division, elles sont pour le compte du créancier; car elles peuvent être imputées à sa négligence (Pothier, n. 420).

Comme la loi n'exige pas que la caution justifie de sa solvabilité, le juge ne peut se dispenser de prononcer la division lorsqu'elle est demandée: le créancier conserve seulement son re-

(1) Delv., p. 148, n. 8. Ponsot, n. 214.

(2) Delv., p. 124, n. 1. Ponsot, n. 213. Rolland, Rép., vº Cautionnement, n. 112.

(3) Pothier, n. 427. Troplong, n. 309.

cours, pour le cas où l'insolvabilité actuelle des autres cautions viendrait à être reconnue.

Le terme ou la condition sous laquelle un fidéjusseur s'est obligé, ne mettent point obstacle à la division, bien que l'échéance ou l'événement prévu ne soit pas encore arrivé: mais le créancier peut revenir contre celui qui l'a opposée, si la condition vient à défaillir, ou si les poursuites prononcées contre les cofidéjusseurs ont été sans effet (Pothier, n. 422).

Si le cofidéjusseur solvable conteste son engagement, on doit assimiler ce cas à celui d'insolvabilité, et décider que la division ne peut-être demandée avec ce cofidéjusseur, sauf aux autres cautions à le poursuivre ensuite, en prouvant contre lui l'existence de l'obligation (1).

5° Les cofidéjusseurs contre lesquels on demande la division, ne doivent avoir leur domicile dans le ressort de la cour d'appel du lieu où est domicilié le débiteur, et par suite de celui où est domiciliée la caution poursuivie ; autrement, cette faveur accordée à la caution, deviendrait préjudiciable au créancier (arg. de l'article 2023).

Observons, que la division prononcée sur la demande d'une des cautions ne profite pas aux autres : le jugement est à l'égard de celle-ci, *res inter alios acta.*

Le fidéjusseur qui oppose l'exception de division doit-il faire l'avance des frais nécessaires pour poursuivre ses consorts? L'article 2026 ne reproduit pas la disposition rigoureuse de l'article 2023.— Pourquoi cette différence entre l'exception de discussion et l'exception de division? Le législateur a considéré, que la première est simplement dilatoire; qu'elle laisse subsister les droits du créancier; qu'elle a pour seul effet, de suspendre la condamnation de la caution; qu'il était juste dès lors, d'obliger celui qui l'invoque, à faire les frais de la procédure : tandis que l'exception de division est péremptoire et anéantit la demande pour ce qui excède la part du cofidéjusseur poursuivi ; de telle sorte que le créancier ne peut rien exiger au-delà. Sans doute, le fidéjusseur pourra se trouver exposé à un recours, si les poursuites du créancier contre les autres cofidéjusseurs sont restées infructueuses, à raison de leur insolvabilité: mais on ne pouvait prévoir ce résultat : Nonobstant la rétroactivité de ce recours, la division n'aura pas moins eu lieu; les fidéjusseurs n'auront pas moins été étrangers les uns aux autres (Dur., n. 348 bis).

La caution peut-elle, avant toute poursuite judiciaire ou extrajudiciaire, contraindre le créancier à recevoir divisément sa part de la dette ? Si la caution avait cette faculté, elle pourrait causer au

(1) Delv., p. 144, n. 3.

créancier un préjudice grave; car, en poursuivant le débiteur principal ou les autres cautions, il a l'espoir d'obtenir son payement total : la caution doit donc attendre qu'on agisse contre elle. Ainsi le bénéfice de division est un privilége purement passif : « La division ne peut être demandée, a dit M. Chabot dans son rapport, qu'après que l'action a été formée par le créancier; et jusqu'à ce qu'elle soit demandée, toutes les cautions restent responsables des insolvabilités de chacune d'elles (1). »

—Un cautionnement peut-il se diviser avec une caution qui n'a pas valablement contracté? — La caution capable a pu prévoir le cas de restitution; elle s'est engagée à ses risques et périls. Il y a une analogie parfaite entre ce cas et celui où la solvabilité de l'une des cautions est douteuse : Le créancier a prévu cette éventualité; c'est précisément pour cela, qu'il a exigé une autre caution capable; son attente ne doit pas être trompée. — Ainsi, l'incapacité de l'un des cofidéjusseurs a pour effet de reporter la dette, en totalité, sur le fidéjusseur capable (2).

Peut-on assimiler à un cofidéjusseur insolvable, celui qui demeure à l'étranger ? — Pothier (n. 424) se prononce pour l'affirmative; — mais Troplong (n. 312) démontre que tout dépend aujourd'hui des circonstances et qu'on ne doit réputer cet individu insolvable, que s'il ne possède pas en France des biens suffisants pour garantir la dette.

2027 — Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables.

= Le créancier qui divise lui-même volontairement son action (ajoutons, ou qui reçoit divisément et volontairement la part de l'un des cofidéjusseurs, sans faire de réserve), est censé renoncer à la solidarité (arg. de l'art. 1211).

Comment concilier l'article 2027 avec l'article 1211, lequel ne relève le débiteur des effets de la solidarité, nonobstant la demande formée contre lui *pour sa part*, qu'autant qu'il a acquiescé à cette demande, ou qu'un jugement de condamnation est intervenu ? Si la caution actionnée n'a pas renoncé au bénéfice de division, il y a lieu d'appliquer l'article 2027 et de décider en conséquence, que le créancier est censé renoncer à la solidarité, par cela seul qu'il a divisé lui-même son action. — Mais si la caution a renoncé au bénéfice de division, le créancier n'est pas censé avoir fait la remise de la solidarité, en formant divisément sa demande contre chaque caution ; il y a lieu d'appliquer l'article 1211 (3).

Le fidéjusseur déchargé de la solidarité par le fait volontaire du créancier (hypothèse prévue par l'article 2027), se trouve dans une

(1) Fenet, t. 15, p. 55. Pothier, n. 499. Ponsot 123 et 298, p. 246. Troplong, n. 299. Toullier, t. 7, n. 73.

(2) Pothier, n. 425. Troplong, n. 313.

(3) Troplong, n. 320. Ponsot, n. 126. Zach., t. 3, p. 161. Dur., n. 147.

position plus favorable que s'il avait opposé l'exception de division sur une demande formée judiciairement contre lui : dans le 1er cas, il est déchargé de l'insolvabilité de ses cofidéjusseurs, bien qu'elle soit antérieure à la renonciation ; tandis que dans le 2e il est seulement affranchi de l'insolvabilité survenue depuis la demande.

Observons : 1° Que la division consentie à l'égard d'une caution, ne profite aux autres que *pour la part* de cette caution (1210) :

2° Que le payement partiel fait par l'une des cautions, sans imputation spéciale *sur sa part*, se répartit sur la totalité de la dette ; en sorte que cette caution n'est pas moins tenue pour sa part virile de ce qui reste dû : L'article 1211 2° est évidemment applicable ici.

SECTION II.

DE L'ÉFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE DÉBITEUR ET LA CAUTION.

La loi accorde à la caution, un recours contre le débiteur, pour le remboursement de tout ce que lui a coûté l'extinction de la dette ; sans distinguer si l'engagement qu'elle a contracté est l'effet d'un mandat ou celui d'un quasi-contrat de gestion d'affaires.

La caution peut agir contre le débiteur de deux manières : *en son nom personnel*, ou *comme subrogé* aux droits du créancier.

Elle agit en son nom personnel :

1° Par l'action *mandati contraria*, lorsqu'elle s'est engagée au vu et su du débiteur, sans opposition de sa part ou par son ordre.— On applique en ce cas les règles établies par les articles 1998, et 2002.

2° Par l'action *negotiorum gestorum contraria*, lorsqu'elle est intervenue à l'insu du débiteur : cette action suppose que l'affaire a été approuvée depuis par le maître ou qu'elle a été indispensable ; autrement, ce dernier pourrait s'affranchir des poursuites, en désapprouvant les actes du gérant. —Pour apprécier l'utilité de ces actes, il faut se reporter à l'époque où ils ont été faits : *sufficit utiliter gestum, quamvis non duraverit gestum* (1).

L'action *negotiorum gestorum*, de même que l'action *mandati contraria*, a deux objets : le remboursement des sommes déboursées et la décharge des obligations contractées pour la gestion.

3° Par l'action *de in rem verso*, lorsqu'elle s'est obligée malgré le débiteur.— Cette action est fondée, comme l'action *negotiorum gestorum*, sur la règle d'équité : *neminem æquum est cum detrimento alterius locupletari*; mais elle confère moins de droits : En effet, on ne considère en ce cas l'utilité, qu'à l'époque de la demande ; les intérêts de la somme déboursée ne courent qu'à partir de cette demande; Enfin, l'action récursoire s'éteint par le laps de temps qui restait à

(1) Pothier, n. 220 et suiv. — Quasi-contrat, *neg. gest.*, Oblig., n. 441. *Voy.* nos observations sur l'art. 1375 et sur l'art. 1985.

courir pour la prescription de la dette payée; — tandis qu'en matière de gestion d'affaires, il faut se reporter, pour apprécier l'utilité des débours, à l'époque où ils ont été faits ; les débours produisent immédiatement intérêts; Enfin, l'action du gérant, de même que celle du mandataire, est recevable pendant 30 ans.

Pourquoi cette différence ? Le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, dit Pothier (n. 181, Quasi-contrat *neg. gest.*), imite le contrat du mandat; il en est une ressemblance : « On y suppose une espèce de mandat fictif et présomptif, y ayant présomption que celui dont on a fait l'affaire à son insu aurait donné l'ordre de le faire s'il l'eût su, puisqu'il était de son intérêt qu'il fût fait.... Tandis que cette espèce de mandat fictif ou présomptif de celui dont on a fait l'affaire, ne peut se supposer lorsqu'elle est faite contre sa défense formelle... »

Le débiteur poursuivi en remboursement, par la personne qui l'a cautionné malgré lui, obtient facilement du juge des délais de grâce pour l'effectuer; car il eût peut-être obtenu un délai du créancier désintéressé (Pothier, n. 183, ibid.).

Nous supposons, bien entendu, qu'en intervenant malgré le débiteur, la caution qui s'est obligée n'a pas entendu exercer envers lui une libéralité; autrement, il va sans dire que tout recours lui serait refusé.

Indépendamment d'une action personnelle contre le débiteur, la caution peut, après avoir payé la dette, agir comme subrogée aux droits du créancier.

Ces deux actions ne sont pas exclusives l'une de l'autre (1); elles se combinent et assurent à la caution un recours efficace : l'action *mandati ou negotiorum gestorum* est personnelle ; par cette voie, la caution obtiendra contre le débiteur, l'intérêt de ses avances à partir du jour où elles auront été faites, et, en outre, des dommages-intérêts, s'il y a lieu ; — la subrogation, transmet toutes les garanties stipulées par le créancier désintéressé, pour le remboursement du capital et pour le payement des accessoires.

La subrogation aux droits du créancier désintéressé, est accordée au fidéjusseur, lors même qu'il s'est obligé contre la volonté du débiteur (2); Les articles 1251 et 2029 ne distinguent pas : pour lui refuser ce recours, il faudrait un fait grave et décisif, d'où l'on pût conclure qu'il a entendu exercer une libéralité ; car l'intention de donner ne se présume pas (3).

La subrogation, disons-nous, a pour effet de mettre le subrogé aux lieu et place du créancier : toutefois, à la différence de ce dernier, il ne peut poursuivre ses cofidéjusseurs, que pour leur part

(1) Paris, 26 août 1838. Pal., 1838, 1, 633.
(2) L. 30, ff. *mandati*.
(3) Troplong, Cautionnement, n. 329 et suiv., 362; Mandat, n. 76.

virile, sauf toute stipulation contraire (2033). — A ce titre, la caution a donc un recours :

1° Contre le débiteur principal;

2° Contre chacun des codébiteurs ; savoir : pour leur part et parties viriles, s'ils sont obligés conjointement; pour le tout, si l'obligation est solidaire. — Si elle n'a cautionnée que l'un d'eux, on admet généralement, qu'elle ne peut poursuivre les autres qu'en vertu de l'article 1166, comme exerçant les droits et actions de ce débiteur; sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils étaient solidairement engagés envers le créancier (1214) ou s'ils n'étaient que débiteurs conjoints (mais voyez nos observations sur l'article 2033) ;

3° Contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'elle a payé dans l'un des cinq cas déterminés par l'article 2032 : mais elle ne peut exiger de chacun d'eux que la part virile dont il est tenu. — Cette part se détermine eu égard au nombre des cautions solvables. La part des insolvables se répartit entre tous les autres. Il est tenu compte, comme de raison, des effets de la confusion.

La caution peut agir contre le débiteur, immédiatement après avoir payé : si elle a payé avant que la dette soit devenue exigible, elle doit attendre, pour exercer ce recours, l'époque de l'exigibilité; autrement, la position du débiteur se trouverait aggravée par un fait qui lui serait étranger et qu'il n'aurait pu empêcher.

Par exception, la caution est autorisée à poursuivre le débiteur, avant l'exigibilité de la dette, pour se mettre à l'abri d'un dommage éventuel ; ce cas est réglé par l'article 2032.

La preuve du payement, s'établit par toutes voies de droit.

Pour que le fidéjusseur ait un recours contre le débiteur, il faut, comme de raison, que le payement soit prouvé et qu'il ait été bien fait; c'est-à-dire, qu'il soit valable, et que la caution n'ait négligé aucun des moyens qui pouvait faire tomber la demande.

Le payement serait fait indûment, si la caution avait négligé d'opposer une exception péremptoire, de nature à faire tomber la demande ; sans excepter même le moyen tiré de la prescription. « Il n'y a que l'ignorance de fait, dit Pothier (n. 434), qui puisse, en ce cas, excuser la caution ; il en serait autrement de l'ignorance du droit; » — mais si l'exception lui était personnelle, nul doute qu'après avoir payé, elle conserverait son recours contre le débiteur : Telle serait la position du fidéjusseur engagé pour un certain temps, qui n'aurait pas opposé l'expiration de ce terme, ou de celui qui, encore mineur, ne se serait pas prévalu du bénéfice de son âge.

Le mot *payement*, embrasse dans sa généralité, tout mode d'extinction des obligations, qui nécessite, de la part du débiteur, un sacrifice appréciable.

Si le créancier donne quittance à la caution, sans avoir rien reçu, cette remise est une libéralité; par conséquent, elle doit profiter uni-

quement à la personne que le créancier a entendu gratifier : la caution se trouve placée dans la même position que si elle avait réellement payé la dette.

En cas de remise pure et simple du cautionnement, la caution n'aurait point de recours contre le débiteur, puisqu'elle ne se trouverait point aux lieu et place du créancier : ce dernier ne se serait pas dessaisi de son action. — Exceptons le cas où la remise aurait eu pour but de reconnaître un service appréciable, rendu par la caution au créancier : la caution pourrait alors agir contre le débiteur, pour se faire indemniser du sacrifice que lui aurait coûté la remise de ses engagements (arg. de l'art. 1188, Pothier, n. 431 (1).

L'action *mandati contraria* n'est soumise à aucune prescription particulière; elle dure 30 ans. Ce délai court du jour du payement.

Le fidéjusseur est privé de recours dans deux cas : (V. art. 2031.)

Le cautionnement, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, n'est qu'une extension de l'obligation principale ; par suite, on décide, que la caution peut se prévaloir, *etiam invito reo*, de toutes les exceptions *in rem* que le débiteur serait en droit d'opposer ; — que la caution profite de la libération du débiteur ; — enfin, que ce dernier n'a point d'action, pour contraindre la caution à éteindre la dette ; car en même temps qu'il formerait cette demande, la caution lui opposerait qu'il est principal obligé.

D'un autre côté, la caution ne peut être soumise, par le fait du débiteur, à des obligations plus rigoureuses que celles qu'elle a entendu s'imposer :

Ainsi, le créancier ne pourrait se prévaloir contre elle, de la reconnaissance de la dette, faite par le débiteur, depuis la prescription acquise.

Ainsi, la caution pourrait appeler d'un jugement portant condamnation, obtenue par le créancier contre le débiteur, si ce dernier négligeait de former cette action (Pothier, n. 378).

2028 — La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits (2) depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

(1) Troplong, n. 334 et suiv.

(2) Rédaction vicieuse : elle pourrait porter à penser, que la caution n'a pas de recours pour les frais qu'elle a été tenue de payer, d'après l'art. 2016 : il fallait dire : *néanmoins la caution n'a de recours, quant aux frais par elle faits, que pour ceux qui ont eu lieu depuis*, etc.; le mot *que* est transposé.

Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu.

= Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui : l'article que nous allons examiner est fondé sur ce principe d'équité.

Un recours est accordé à la caution qui a payé, contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur : la gestion d'affaires produit donc, sous ce rapport, en matière de cautionnement, les mêmes effets que le mandat.

Le recours a lieu : 1° Pour le remboursement du principal : à cet égard, l'action du fidéjusseur ne se mesure pas sur l'importance de la créance éteinte ; mais sur le montant de la somme qu'elle a déboursée (1375, 1999), à moins qu'il ne résulte des circonstances, que le créancier n'a fait la remise du surplus, qu'en considération de la caution et en vue de la gratifier ; auquel cas, elle peut agir contre le débiteur, comme si elle avait payé la dette intégralement. — S'il y a eu simplement décharge du cautionnement, le créancier conserve son action contre le débiteur (1287, al. 2).

Le mot *payé*, est employé dans l'art. 2028 *lato sensu* : pour que la caution puisse exercer un recours contre le débiteur, il suffit qu'elle ait éteint la dette, d'une manière quelconque ; même par compensation.

2° Pour les intérêts du capital déboursé : les intérêts sont dus, lors même que le cautionnement a eu lieu à l'insu du débiteur principal. — Ils courent de plein droit, à compter du jour des avances constatées (2001), sans distinction entre les sommes payées pour intérêts et celles qui ont été payées pour capital (1) ; — ils sont dus, même lorsque la dette acquittée n'en produisait pas (2) : la loi veut que la caution soit complétement indemnisée.

3° Pour les frais qu'elle a supportés par la faute du débiteur ; à moins qu'il ne lui ait été possible de les éviter : toute réclamation lui serait dès lors interdite, à l'égard de ceux qu'elle aurait faits avant de dénoncer au débiteur les poursuites dirigées contre elle ; car ce dernier aurait peut-être pu les empêcher. — Comme la caution était dans l'impossibilité de faire cette dénonciation avant que la demande fût formée, le débiteur doit, nécessairement, rembourser les frais de la demande principale ; ou, si les poursuites sont extrajudiciaires, les frais de commandement, et même, suivant les cas, ceux de saisie ; car, la saisie pouvant avoir lieu un jour après le commandement, il peut arriver que la caution n'aurait pas eu le temps suffisant pour dénoncer la demande (2016) (Dur, n. 350).

(1) Merlin, Rép., v° Intérêts, § 2, n. 10. Delv., t. 2, p. 615. Dur., t. 18, n. 353. Troplong, n. 345. Dur., n. 353. Ponsot, n. 240. Toulouse, 4 février 1829. Caen, 7 août 1840. Dev., 1840, 2, 528 ; 4 juillet 1842. Dev., 43, 2, 247.

(2) Delv., p. 145, n. 1. Dur., n. 350 et 553. Toulouse, 4 février 1829. Caen, 7 août 1840. Dev., 1840, 2, 518. Pal., 1841, 1, 122. *Voy.* cep. Pothier, Oblig., n. 437.

Les déboursés du fidéjusseur, pour quelque cause que ce soit produisent intérêt de plein droit à compter du jour où ils ont été faits (arg. de l'art. 2001) (1).

4° Enfin, on accorde à la caution, comme à tout mandataire ou gérant, des dommages-intérêts, *s'il y a lieu*; par ex., si ses biens ont été saisis; si elle a été emprisonnée, etc. (1153); en un mot pour la réparation de tout le préjudice que le cautionnement lui a causé.

Les dommages-intérêts seraient dus, lors même que l'obligation aurait pour objet une somme d'argent; lors même que le cautionnement serait à titre onéreux; la loi ne distingue pas : — Ainsi, l'intérêt légal n'est point un obstacle à l'exercice de cette action : Le législateur a considéré que, par sa généreuse intervention, la caution a pu procurer au débiteur le moyen de faire des opérations avantageuses, il a paru juste d'admettre, en faveur de la caution, une exception à la règle de l'art. 1153 (2).

L'action récursoire accordée à la caution ne se prescrit que par trente ans à dater du payement; car elle est la conséquence du mandat qui a été conféré ou de la gestion d'affaire. — Vainement dirait-on, que cette action ne saurait avoir une durée plus prolongée que celle du créancier, puisque la caution agit comme subrogée aux droits de ce dernier; que dès lors, si la dette primitive est soumise à quelque prescription exceptionnelle, cette prescription doit pouvoir être opposée à la caution (Vaz., Prescrip., t. 2, n. 617) : nous répondrions que les avances faites par la caution forment un capital productif d'intérêts; que la caution use en ce cas, du bénéfice de l'action *mandati* ou *négociorum contraria*, laquelle est régie par le droit commun (3).

2029 — La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

= Lors même que la caution payerait volontairement et sans poursuites, elle serait subrogée aux droits du créancier : la disposition de notre article, à cet égard, est conforme à celle de l'art. 1251 n. 3; seulement, si le payement avait eu lieu avant le terme fixé, la caution devrait attendre, pour exercer son recours, que ce terme fût arrivé; car le débiteur principal doit conserver les avantages que lui accorde la convention.

2030 — Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous

(1) Troplong, n. 345. Dur., t. 8. n. 352. Pousot, n. 240. Delv., t. 3, p. 145. Caen, 7 août 1840. Pal., 1841, 2, 122. — Suivant Pothier, n. 539, les intérêts ne courent que du jour de la demande ; mais cette opinion est généralement rejetée.

(2) Dur., n. 351. Pousot, n. 239.

(3) Colmar, 5 juin 1816.

cautionnés, a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé.

= Lorsque plusieurs débiteurs non solidaires ont été cautionnés par une seule personne, il est certain que cette caution ne peut réclamer de chacun d'eux que la part et portion dont il est tenu dans la dette ; car il y a autant de dettes distinctes que de débiteurs.

Nous avons vu (art. 2002) qu'il en est autrement en matière de mandat conféré par plusieurs personnes pour une affaire commune : chacune d'elles est tenue solidairement envers le mandataire de tous les effets du mandat.

S'il y a plusieurs obligés solidaires, ce que suppose notre article, le recours a lieu contre chaque débiteur pour la totalité de la dette : en les cautionnant tous, le fidéjusseur est devenu leur mandataire commun ; or, le mandataire qui a géré une affaire commune à plusieurs, a contre chacun de ses mandants une action solidaire (2002); chaque débiteur est libéré par le payement.

Si la caution n'est pas intervenue pour tous les débiteurs, mais seulement pour quelques-uns, elle a une action solidaire contre ces derniers : elle peut également poursuivre les autres : mais dans quelle proportion et à quel titre? (Voyez nos observations sur l'article 2033).

2031 — La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du payement par elle fait ; sauf son action en répétition contre le créancier.

Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du payement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte ; sauf son action en répétition contre le créancier.

= La caution est privée dans deux cas, de tout recours contre le débiteur principal soit du chef du créancier, soit de son propre chef, bien qu'elle ait payé à l'échéance du terme :

1° Lorsqu'elle ne l'a point averti du payement par elle fait, s'il a payé une 2e fois ;

2° Lorsqu'en vue de prévenir des poursuites, elle a payé spontanément sans l'avertir au préalable, s'il prouve qu'il aurait eu des moyens pour repousser l'action.

Cette 2e disposition est restreinte, il faut le remarquer, au cas où

la caution a payé sans être poursuivi *et* sans avertir le débiteur : elle n'est point applicable, lorsque la caution a payé sur poursuites (1); car il lui importe de ne pas rester sous le coup d'une condamnation ou d'une saisie ;

La caution qui est privée de recours contre le débiteur, n'a d'autre ressource qu'une action en répétition contre le créancier ;

Observons que la caution n'est pas tenue de faire une notification en forme ; mais seulement d'avertir le créancier : elle peut dès lors lui donner cet avertissement par un mode quelconque.

Réciproquement, le débiteur principal, qui a changé sa position vis-à-vis du créancier en le désintéressant, doit s'empresser d'avertir la caution, afin de se mettre à l'abri du recours qu'elle serait fondée à exercer contre lui, si elle avait payé une 2e fois, dans l'ignorance du payement antérieur (2).

2032 — La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée (3) :

1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le payement ;

2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ;

3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ;

4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ;

5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas (4) de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.

= La caution ne peut agir contre le débiteur principal, pour être par lui indemnisé, qu'après avoir payé.

Cette règle générale souffre exception dans 5 cas :

1° Lorsque la caution est poursuivie en justice : ainsi, pour que le débiteur principal soit soumis au recours, la loi n'exige pas qu'il

(1) Troplong. n. 385. Ponsot, n. 249. Ce principe a été méconnu par Delv., p. 145, n. 5. Zach., p. 163, et Dur., n. 357. Ces auteurs enseignent que le fidéjusseur est responsable du défaut d'avertissement, *bien qu'il soit poursuivi* : Le texte de l'article 2031, dit précisément le contraire.

(2) Pothier, n° 438. Troplong, n. 383. Ponsot, t. 249.

(3) Le mot *indemnisé*, employé par la loi, paraît impropre au premier abord, car il suppose une réparation ; or, dans le cas prévu, le dommage n'est pas encore éprouvé : il y a seulement crainte d'un dommage.

(4) Le mot *pas* est de trop ; il change l'esprit de la loi ; il faut lire : *ne soit* de nature, etc. (Dur., n. 633).

y ait eu condamnation ; il suffit qu'il y ait eu des poursuites : en effet, la caution ne s'est obligée envers le débiteur, ni à payer pour lui, ni à supporter des frais, ni à fournir les fonds nécessaires pour la discussion.

La caution doit prudemment appeler le débiteur principal en cause ; car il peut avoir des moyens pour repousser la demande : c'est même là une obligation pour lui ; car l'article 2028 laisse à la charge du fidéjusseur les frais antérieurs à la dénonciation des poursuites.

2° Lorsque le débiteur est en *faillite* ou en *déconfiture* : l'obligation devient alors exigible:—mais alors, quelle peut être l'utilité de l'action donnée à la caution ? Quelle garantie peut lui offrir le débiteur, qui, par suite de sa faillite, est privé de l'administration de ses biens ? La caution aura le droit de se faire admettre au passif de la faillite, et même, si elle a payé la dette, de percevoir le dividende attribué à la créance.

La loi romaine accordait au fidéjusseur une action contre le débiteur, bien que la déconfiture ne fût pas complète; par cela seul qu'il commençait à dissiper ses biens et à diminuer les sûretés qu'il présentait originairement : ce principe doit être admis sous le Code. Il importe à la caution, de faire arrêt sur les biens restants, afin de sauver une partie de sa créance (arg. de l'art 1188) (1).

Quoique la dette soit exigible de suite contre le débiteur (1188), la caution n'est pas privée du terme qui lui a été accordé par la convention : on ne peut même l'astreindre à donner caution pour sûreté du payement à l'échéance (2).

3° Lorsque le débiteur s'est obligé à rapporter sa décharge dans un certain temps : en ce cas, la caution peut demander, ou que le débiteur paye la dette, ou que cette somme soit mise en dépôt jusqu'à ce que le créancier donne quittance ; car elle a manifesté suffisamment l'intention de ne pas être obligée au delà du terme fixé.

4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'événement de la condition ou l'échéance du terme : il importe à la caution, de prévenir les poursuites du créancier ; d'ailleurs, il y a convention tacite que le débiteur l'affranchira de ses obligations à l'époque de l'exigibilité.

En ce cas, la caution peut prendre, pour sa sûreté, les mesures dont nous avons parlé dans le paragraphe précédent.

5° Enfin, lors même que l'obligation principale n'aurait pas un terme fixe d'échéance, il est permis à la caution d'agir contre le débiteur, après un espace de dix années, pour obtenir sa décharge ;

(1) Dur., n. 260. Pardessus, n. 1216. Troplong, n. 396, Ponsot, n. 266.
(2) Grenoble, 16 août 1808. Dall., n. 269.

car on ne peut supposer qu'elle ait eu l'intention de rester perpétuellement obligée.

Néanmoins, si l'obligation est de nature à ne devoir s'éteindre qu'après un temps déterminé, telle que celle du tuteur ou du débiteur d'une rente viagère (1979), la caution n'est pas admise à demander sa décharge avant l'expiration de ce terme, quelque long qu'il soit, car elle a connu, dès le principe, l'étendue de l'obligation qu'elle contractait. D'ailleurs, ce serait demander au débiteur l'impossible; puisqu'il reste nécessairement lié, tant que le terme fixé n'est pas arrivé (Pothier n. 443).

Que doit-on décider relativement aux rentes constituées ? Comme elles n'ont aucun terme fixe d'échéance, la caution peut, nonobstant l'art. 1909, demander sa décharge après dix années (1).

Si le débiteur se trouve dans l'impossibilité de rembourser immédiatement la rente, le juge a la faculté de lui accorder pour payer, un terme plus ou moins long, suivant les circonstances.

La caution qui a remboursé la rente dans l'intervalle des dix années, peut-elle avant l'expiration de ce terme, agir contre le débiteur ? Oui, si elle a été contrainte à faire ce remboursement; par ex., si le débiteur a laissé passer deux années sans payer les arrérages (1912).—*Secùs*, si elle a remboursé volontairement, sans contrainte pour se décharger du cautionnement :

Au 1er *cas*, elle peut agir non-seulement comme subrogée (1251); mais encore en vertu de l'action *mandati contraria*.

Au 2e *cas*, l'action en subrogation lui est seule ouverte; L'action *mandati* lui est refusée (2).

Que devrait-on décider, si la caution avait remboursé le capital de la rente après l'expiration de dix années ? Nul doute qu'elle pourrait immédiatement agir en recours contre le débiteur principal; même en vertu de l'action *mandati contraria;* car ce dernier était tenu de lui procurer sa décharge au bout de dix années : la longanimité dont elle a fait preuve ne saurait la priver d'un droit

Quel moyen de contrainte la caution peut-elle employer ? Elle actionnera le débiteur en justice, à l'effet de se faire autoriser à saisir et vendre ses biens jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour désintéresser le créancier (3). — Si elle a un titre exécutoire, elle agira par voie de saisie.

Le bénéfice de notre article peut être invoqué par le fidéjusseur, lors-même qu'il s'est porté caution à l'insu du débiteur : La gestion d'affaires produit, sous ce rapport, les mêmes effets que le mandat (4).

Quant à celui qui s'est engagé *malgré* le débiteur, il ne peut évi-

(1) Pothier, n. 444. Ponsot, n. 272. Troplong, n. 405. Merlin, Quest., v° Caution, § 4. Dur., n. 364.

(2) Merlin, Quest., v° Caution, § 4. Troplong, n. 407. Dall., n. 281.

(3) Troplong, n. 392. Bordeaux, 22 février 1832. Dall., n. 261. Dev., 1832, 2, 378.

(4) Troplong, n. 412. Ponsot, n. 276.

demment exiger qu'on le décharge de ses engagements (1) : Ce serait admettre que le débiteur doit supporter les conséquences d'un fait qu'il n'a pu empêcher.

Doit-on appliquer la disposition de l'art. 2032 au cas de cautionnement solidaire ? Quelle raison y aurait-il de traiter moins favorablement la caution solidaire que la caution simple ? Comment admettre, que le débiteur puisse se faire une arme contre la caution, de la clause de solidarité, qui se trouve dans le contrat de cautionnement ? D'ailleurs, l'art. 2032 ne distingue pas (2).

La femme qui s'est engagée conjointement avec son mari pour une affaire qui intéresse la communauté, est réputée caution à l'égard de celui-ci : elle peut dès lors, en cette qualité, invoquer les dispositions de l'art. 2032 : L'art. 1431 n'est qu'une application faite à la femme mariée, du principe général établi par l'art. 1216 (3).

Mais que devrait-on décider, si le cautionnement avait eu lieu par bienveillance pour un tiers ? Cet acte ne serait qu'une pure libéralité faite par les deux époux ; on les considérerait comme deux cofidéjusseur étrangers l'un à l'autre : dès lors, la femme ne pourrait agir contre son mari pour se faire indemniser (4).

Remarquons en terminant, que l'énumération faite par l'article 2032 est limitative : ainsi, l'inimitié capitale ne doit pas être mise, comme autrefois, au nombre des causes qui permettent à la caution de contraindre le débiteur à lui procurer sa libération : *Qui de uno dicit, de altero negat* (5).

— Celui qui a hypothéqué ses biens pour sûreté d'une rente constituée par un tiers peut-il, après 10 années, se prévaloir comme la caution, de l'article 2032, n. 5, et faire prononcer l'extinction de cette hypothèque ? — Les mêmes raisons de décider se présentent : il y aurait dommage évident pour le propriétaire qui a engagé ses biens, si l'hypothèque devait être perpétuelle — Vainement objecterait-on, que l'article 2032 consacre des exceptions, et qu'il ne saurait dès lors être étendu à des cas non prévus : en pareille matière, l'équité doit dominer : *officium suum nemini debet esse damnosum* (6).

Celui qui a cautionné un agent comptable, peut-il obtenir sa décharge après l'expiration de 10 années ? — Le débiteur ne pourrait décharger la caution, qu'en donnant sa démission : or, comment exiger de lui un pareil sacrifice ? « La fidéjussion dit Troplong, ne doit pas être l'occasion de la ruine de celui qu'elle a pour but de sauver ou de soutenir ». — Le fonctionnaire public doit raisonnablement croire qu'il conservera sa place toute sa vie, ou du moins, jusqu'à l'époque de sa retraite ; par conséquent, on ne peut présumer que le fidéjusseur ait entendu s'affranchir de ses obligations avant ce temps (7).

(1) Troplong, n. 411. Ponsot, n. 275.

(2) Troplong, n. 414. Ponsot, n. 276.

(3) Ponsot, n. 277. Troplong, n. 415.

(4) Delv. t. 3, p. 23. n. 1. Ponsot, n. 280. Lyon, 11 juin 1833. Dev. 1833, 2, 654. Paris, 30 décembre 1841. Pal., 1842, 1, 294.

(5) Troplong, n. 410. Ponsot, n. 274. Dalloz, n. 282.

(6) Ponsot, n. 22. Troplong, n. 416. Dalloz, n. 33. Bruxelles, 2 avril 1810.

(7) Troplong, n. 404.

Si le débiteur failli a obtenu un concordat, quelle est la position de la caution? ~~~Lorsqu'elle a payé la dette en tout ou en partie, elle prend naturellement la place du créancier désintéressé pour ce qu'elle a payé (1251, C. civ. 544, Code de comm.) les autres créanciers ne peuvent se plaindre d'un concours qui ne leur préjudicie en rien.—Si elle n'a pas encore payé, la position se complique: il est d'abord évident, que la caution ne peut rien prendre dans la masse active, au préjudice du créancier garanti. Il n'en est pas moins certain, que la caution ne peut se faire admettre au passif, pour la partie remise au débiteur par le concordat (quotité qu'elle se trouvera nécessairement obligée de payer); car la même créance ne peut figurer deux fois dans la distribution du prix. Mais la caution aura-t-elle du moins l'action *mandati contraria* contre le débiteur concordataire? ~~~ Non: elle se trouvera, après le concordat, dans la position où elle serait placée si elle eût payé la dette avant la faillite (1).

SECTION III.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LES COFIDÉJUSSEURS.

2033 — Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent.

=Le cautionnement ne constitue immédiatement entre les cofidéjusseurs ni contrat, ni quasi-contrat : mais si l'un acquitte la dette, un recours lui est ouvert contre les autres fidéjusseurs.—Ce recours a une double source : il dérive soit de la subrogation légale, accordée par l'art. 1251 3°, à celui qui, étant tenu d'une dette avec d'autres, avait intérêt de l'acquitter; soit de la gestion d'affaires (1375) (2).

Notre article englobe l'un et l'autre modes dans la généralité de ses termes; bien qu'ils soient distincts et produisent des résultats différents : *au 1er cas*, le fidéjusseur agit comme subrogé aux priviléges, hypothèques et autres droits accessoires qui garantissaient la créance; *au 2e cas*, il exerce une action purement personnelle.

Sous notre ancien droit, quelques auteurs, entre autres Pothier (n° 446), soutenaient que le fidéjusseur pouvait, même avant d'avoir payé, contraindre son cofidéjusseur, dans le cas d'un péril imminent ou lorsqu'il était poursuivi par le créancier, à contribuer au remboursement de la dette : ce système était incompatible avec le principe qui subordonne la subrogation et l'action *negotiorum gestorum* à la condition d'un payement effectué. Les auteurs du Code

(1) Dur., n. 360. Pardessus, Dr. Comm., t. 4, n. 1212 et suiv. Ponsot, n. 266. *Voy.* notre Traité des faillites et banqueroutes, n. 799 et suiv.

(2). Cass. 21 mai 1855. Dall., 1855, 1, 258.

ont cru devoir l'écarter par un texte formel. Aujourd'hui, le fidéjusseur n'a qu'une action récursoire ; en d'autres termes, il ne peut agir contre ses cofidéjusseurs qu'après avoir acquitté la dette (Troplong, n. 424).

Bien plus, la loi exige qu'il ait payé dans l'un des 5 cas déterminés par l'art. 2032, c'est à-dire dans des circonstances où il pourrait actionner le débiteur principal. — Il résulte même de l'article 2033 que la caution n'aurait point personnellement de recours contre ses cofidéjusseurs si elle avait payé *avant l'exigibilité* de la dette, car l'art. 2032 garde le silence sur ce cas.— Observons qu'il ne s'agit pas seulement, pour la caution qui a payé hors des cas prévus, d'un retard dans l'exercice du recours, mais d'une déchéance.

Suivant Ponsot (n. 29) et Duranton (n. 366), la disposition de l'art. 2033, deuxième alinéa, est trop générale : Le recours, disent-ils, suppose que le fidéjusseur a procuré à ses dépens un avantage. On trouve cette condition, dans les cas indiqués aux n. 1, 2 et 4 de l'art. 2032 ; mais elle ne se rencontre pas dans ceux qui sont prévus aux n. 3 et 5; car, bien loin d'avoir payé la dette commune, le fidéjusseur a eu pour but unique de s'en faire décharger.

Cette distinction est arbitraire ; le texte est absolu et formel. Le passage suivant du rapport de M. Chabot au tribunat ne laisse d'ailleurs aucun doute sur la pensée du législateur : « Néanmoins, « a dit l'orateur, ce fidéjusseur ne peut exercer le recours, s'il a « payé sans avoir été poursuivi en justice par le créancier ; ou « sans que le débiteur fût en faillite ou en déconfiture ; ou avant « l'expiration du terme auquel le débiteur s'était obligé de lui rap- « porter décharge ; ou avant l'échéance de l'obligation ; ou avant « l'expiration de 10 années, lorsque l'obligation n'avait pas de « terme fixe d'échéance; ou avant l'expiration du temps déterminé, « pendant lequel cette obligation était de nature à ne pouvoir s'éteindre. » (Fenet, t. 15, p. 68) (2).— Rien de plus explicite.

Le recours s'exerce contre tous les fidéjusseurs, lors même qu'ils se sont engagés par des actes séparés et successifs : la loi ne distingue pas (1).

En vue d'éviter le circuit d'action auquel donneraient lieu des recours successifs, la loi prend soin de régler, par une disposition formelle, les effets de la subrogation qu'elle accorde au fidéjusseur qui a payé : elle restreint le recours contre les cofidéjusseurs à la part et portion dont chacun d'eux est personnellement tenu dans la dette : l'art. 2033 n'est, sous ce rapport, qu'un corollaire de l'article 1214 (*Voy.* nos observations sur l'art. 1251).

Suivant Toullier (t. 6, n. 163), la rigueur de cette règle est mo-

(1) Zach., t. 3, p. 164. Troplong, 425.
(2) Ponsot, n. 282. Troplong, 426.

difiée, lorsqu'en payant la dette, la caution s'est fait subroger conventionnellement, par le créancier qui avait une action solidaire contre tous les cofidéjusseurs: cette caution peut agir solidairement contre les autres sous la déduction de sa part.

Mais cette opinion, déjà repoussée sous notre ancienne jurisprudence, est condamnée par nos auteurs modernes : on décide généralement, que la subrogation expresse ne peut rien ajouter sous ce rapport aux effets de la subrogation légale; car il s'agit d'une règle d'ordre public. — Le doute doit même cesser, en présence des termes formels de l'art. 875 (1).

Si l'un des cofidéjusseurs est devenu insolvable, la perte se répartit par contribution, entre ceux qui sont solvables et celui qui a éteint la dette (arg. de l'art. 1214).

L'art. 2033 prévoit uniquement le cas où plusieurs fidéjusseurs auraient cautionné le même ou les mêmes débiteurs : Comment s'opère le recours, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires et des fidéjusseurs séparés ; en d'autres termes, lorsque la caution qui a payé, ne s'est rendue caution que pour l'un des débiteurs solidaires? « Cette caution, dit Pothier (n. 441) n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre celui quelle a cautionné; elle peut seulement, comme exerçant les droits de son débiteur, exercer celles que ce débiteur, en acquittant la dette, aurait pu exercer contre eux et de la même manière qu'il les aurait exercés. »

Duranton (n. 355 et 369) admet la distinction suivante (2): « Si la caution s'est fait subroger conventionnellement par le créancier, elle a, du chef de celui-ci, contre chacun des débiteurs principaux et contre leurs cautions respectives, action pour le tout, moins la part du débiteur qu'elle a cautionné et la part qu'il aurait à supporter dans l'insolvabilité de l'un des débiteurs. Si la caution qui a payé ne s'est pas fait expressément subroger par le créancier, elle a bien action pour le tout contre le débiteur qu'elle a cautionné et libéré ; mais elle n'a pas *de son chef* de recours contre le débiteur pour lequel elle n'a point répondu, ni par conséquent contre la caution de celui-ci : elle n'a contre eux que l'action qu'aurait le débiteur qu'el avait cautionné si c'eût été lui qui eût payé ; mais elle exerce toutefois cette action comme subrogée à ses droits, parceque ce qu'elle a fait, est censé avoir été fait par le débiteur lui-même, ce débiteur étant tenu envers elle. »

Ecartons d'abord la distinction faite par Duranton ; elle est contraire aux principes consacrés par les art. 1214 et 2033 en matière d'action récursoire : nous avons vu que la subrogation expresse ne peut, sous ce rapport, produire d'effets plus étendus que la subro-

(1) Pothier, n. 281 et 523. Troplong, n. 433 et suiv. Dur., t. 11, n. 243 et 244 ; t. 12, n. 167 et 189 ; t. 18, n. 367 et 368. Fonsot, n. 290.

(2) *Voyez* en outre t. 11, n. 243 et 244; t. 12, n. 170 et suiv.

gation légale (*Voy.* art. 1252) : s'il en était autrement, on ne manquerait jamais d'employer cette voie détournée, pour éluder la règle qui, dans ce dernier cas, restreint le recours contre les coobligés, à la part de chacun d'eux;

Mais on admet généralement la théorie de Pothier ; c'est-à-dire, que la caution légalement subrogée, ne peut, si elle n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires, *agir de son chef*, ni contre ceux qu'elle n'a pas cautionnés, ni par suite contre leurs fidéjusseurs ; qu'elle exerce uniquement, en vertu de l'art. 1166, les droits qu'aurait eus le débiteur qu'elle a cautionné s'il eût payé (1). Cela s'induit, disent les auteurs : 1° du texte même de l'art. 2030, lequel n'accorde à la caution, contre chacun des codébiteurs solidaires, de recours pour la répétition du total, que dans le cas où elle les a tous cautionnés ; d'où il résulte, que le recours contre ceux qu'elle n'a pas cautionnés ne peut être que partiel; — 2° des articles 1213 et 1214, suivant lesquels, l'obligation contractée solidairement se divise de plein droit entre les codébiteurs.

Cette théorie ne donne pas une idée nette de la position du fidéjusseur : elle a notamment l'inconvénient, de confondre les effets de la subrogation et ceux qui résultent du mandat ou de la gestion des affaires: Sans doute, si l'on considère la caution comme mandataire ou comme *negotiorum gestor* du débiteur qu'elle a cautionné (point de vue sous lequel Pothier nous paraît se placer), elle n'aura de recours contre chacun des co-débiteurs de ce dernier que pour leur part et portion respectives : Mais n'oublions pas, qu'elle se présente à un autre titre; qu'elle invoque le bénéfice de la subrogation aux droits du créancier désintéressé (1251); qu'elle est au lieu et place de ce dernier; qu'elle n'a garanti que l'un des débiteurs ; que les autres lui sont étrangers : par conséquent, il faut lui reconnaitre le droit d'agir de son chef, solidairement pour le tout; même contre les débiteurs solidaires qu'elle n'a pas cautionnés.

Nous ne répondrons point à l'argument *à contrario* tiré de l'article 2030 : pour déroger à une règle générale, il faut un texte formel; Or, l'art 2030 ne contient aucune expression d'où l'on puisse même induire que le législateur ait entendu modifier le principe établi par les art. 1251 et 1252 : les travaux préparatoires sont muets à cet égard.

La caution subrogée, aura également un recours contre les autres fidéjusseurs : mais ce recours sera restreint à la part et portion de chacun d'eux, limites fixées par l'art. 2033. Ces derniers diraient vainement, pour échapper au recours, qu'ils n'ont pas cautionné le même débiteur : En définitive, il n'y a qu'une seule obli-

(1) Ponsot, n. 261. Troplong, n. 378 et suiv. Zach., t. 3, p. 162.

gation contractée solidairement; or, la solidarité fait, que les divers fidéjusseurs sont censés avoir cautionné les mêmes débiteurs; ce qui rentre dans le cas prévu par l'article 2033 (1).

La distinction que nous venons d'établir n'est pas purement théorique comme on pourrait le penser au premier abord: Nous avons vu, qu'il n'est pas indifférent pour la caution, d'invoquer l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* et l'effet de la subrogation: dans notre espèce, la caution aura évidemment intérêt à se présenter comme subrogée: C'est là un point qu'il serait superflu de démontrer.

Si c'est un certificateur de caution, qui a payé la dette, il est subrogé aux droits du créancier, non-seulement contre la caution qu'il a certifiée; mais encore contre le débiteur. — S'il y a plusieurs débiteurs principaux et solidaires cautionnés tous par ce fidéjusseur, il peut également exercer son recours pour le tout contre eux: Sur ces deux points, aucune difficulté ne peut s'élever.—Mais lorsque la caution n'a cautionné que l'un ou plusieurs des débiteurs principaux et solidaires, Duranton (n. 370), conséquent avec sa doctrine sur le point qui vient de nous occuper, restreint le recours du certificateur contre les débiteurs solidaires non cautionnés, à la part de chacun d'eux dans la dette : selon nous, il peut, en sa qualité de subrogé, poursuivre l'un ou l'autre pour le tout.

Le fidéjusseur qui a payé la dette a-t-il un recours non-seulement contre ses cofidéjusseurs mais encore contre les tiers qui ont affecté hypothécairement leurs biens à la sûreté de la dette ? Le Code, dit Ponsot (n. 283), ne déclare point que le subrogé n'a le droit d'agir que contre les personnes dont il a voulu faire les affaires en payant :—c'est là une erreur: L'art. 2033 ne soumet au recours que les cautions: or, le cautionnement suppose une obligation personnelle; donc ceux qui ne sont tenus qu'à raison des biens qu'ils détiennent, se trouvent affranchis de cette action. Le doute doit d'ailleurs cesser, en présence de l'art 2170, lequel porte, que si des biens affectés à la même dette sont demeurés dans la possession du principal ou des principaux obligés, le tiers détenteur peut en requérir la discussion préalable : *selon la forme réglée au titre du cautionnement* par ces mots, le but évident du législateur, a été de faire entendre, qu'il protége spécialement ceux qui ne sont tenus qu'à raison de la chose et que l'obligation personnelle impose des liens plus étroits que l'hypothèque. Bien loin d'avoir une action contre le tiers détenteur, le fidéjusseur et autres, obligés personnellement, se trouveront soumis, par l'effet de la subrogation (1252), à l'action récursoire pour tout ce qui aura été payé par l'effet de l'hypothèque (2).

(1) Ponsot, n. 243, et Troplong, n. 441.
(2) Troplong, Hyp., n. 800; Cautionnement, n. 427 et suiv. Ponsot, n. 283.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DE CAUTIONNEMENT.

2034 — L'obligation qui résulte du cautionnement, s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.

= Le cautionnement n'est qu'un contrat accessoire : les obligations qui naissent de ce contrat, s'éteignent dès lors, en tout ou en partie, par les mêmes causes qui anéantissent ou diminuent l'obligation principale (1).

Le cas où le débiteur se serait fait restituer contre ses engagements, par une exception qui lui était personnelle, telle que son incapacité, est seul excepté.

Ce contrat accessoire s'éteint en outre par certains modes qui lui sont propres ; notamment, si le créancier est en faute. (Voyez article 2037).

L'extinction du cautionnement ne porte aucune atteinte aux droits du créancier contre le débiteur principal, si la caution invoque pour sa libération, son incapacité, le terme mis à son engagement, ou autre circonstance qui lui est personnelle : mais si elle fait prévaloir contre le poursuivant une cause *réelle*, inhérente à l'obligation principale, la créance même est anéantie.

Le fidéjusseur est investi d'un mandat légal, non-seulement pour éteindre la dette ; mais encore pour faire tous les actes qui tendent à améliorer le sort du débiteur principal :

Ainsi, le fidéjusseur à qui le serment a été déféré sur l'existence de la dette, libère le débiteur, s'il jure qu'il n'est rien dû : mais on ne pourrait induire, de ce seul fait qu'il aurait refusé de prêter serment, la conséquence que la dette existe ; car il n'a pas mandat pour aggraver la position de celui qu'il a cautionné (2).

La chose jugée en faveur de la caution sur le fond du droit, profite au débiteur principal ; mais elle ne peut être invoquée contre lui (3).

Toutefois, si le fidéjusseur a cautionné solidairement le débiteur, ce qui est jugé contre l'un, est réputé jugé contre l'autre (1203) (4).

La transaction faite par le fidéjusseur, profite au débiteur principal, quand elle porte sur la chose même ; car elle équivaut à la chose jugée (5).

Nous en dirons autant de la remise gratuite de la dette, lorsqu'elle

(1) Nous exceptons le cas de remise faite au failli par un concordat. Cass., 5 août 1818. Lyon, 12 avril 1832. Dall., n. 157.

(2) Ponsot, n. 512. Troplong, n. 448.

(3) Troplong, n. 449 et suiv. Ponsot, n. 312. *Voy.* cep. Merlin, Quest., v° chose jugée, § 18, n. 5.

(4) Troplong, n. 459. Proud'hon, Usuf., t. 3, n. 1325. *Voy.* cep. Ponsot, n. 313.

(5) Troplong, n. 469.

a eu lieu sans réserve : mais le débiteur ne peut se prévaloir de la remise du cautionnement, si le créancier a exigé quelque chose pour l'accorder (1288) ; car la caution se trouve alors subrogée aux droits du créancier.

Les actes conservatoires faits par le créancier, à l'égard du débiteur principal, interrompent la prescription à l'égard de la caution, et réciproquement, ceux qui sont faits contre la caution, peuvent être opposés au débiteur principal (1). — Mandataire, de ce dernier pour payer, la caution est capable de recevoir, tant en son nom personnel qu'au nom du débiteur, les demandes tendantes au paiement : le fidéjusseur et le débiteur sont tenus de la même obligation : *sunt duo unâ obligatione constricti.*

La reconnaissance de la dette par le fidéjusseur, produit à l'égard du débiteur principal le même effet que les actes conservatoires faits contre lui; car c'est là un acte de bonne foi. On ne tiendrait aucun compte des défenses faites au fidéjusseur par le débiteur : *nemo prohibetur bonam fidem agnoscere* (Troplong, n. 466 et suiv.).

Le fidéjusseur peut renoncer aux moyens de libération qui lui sont personnels; mais non à ceux qui sont communs au débiteur et à lui.

La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ; mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution (1294).

2035 — La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

= Rappelons sous cet article, la distinction que nous avons établie entre les causes extinctives à la fois de l'obligation principale et du cautionnement, et celles qui sont particulières au cautionnement : Si les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies sur la même tête, la dette s'évanouit nécessairement, tant pour le principal que pour les accessoires ; mais si la confusion a lieu entre le créancier et la caution, l'obligation principale subsiste; le cautionnement seul disparaît : Dans ce dernier cas, nul doute que si la caution avait déjà payé quelque chose au créancier, l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria* serait ouverte contre le débiteur pour cette quotité : les deux droits, dit Troplong (n. 491), sont confondus ; mais ils ne sont point paralysés l'un par l'autre.

La confusion des qualités de créancier et de caution ne peut ag-

(3) Duranton, t. 21, n. 283, conteste les effets de l'interruption sous ce dernier rapport son opinion est vivement combattue par Troplong, n. 463 et suiv. Duranton oublie que l'obligation du fidéjusseur n'est que l'obligation principale étendue jusqu'à lui.

graver la situation du débiteur : par conséquent, le créancier ne serait pas fondé à demander une caution nouvelle (Ponsot, n. 324).

La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur et de la caution, opère également l'extinction du cautionnement : mais cette règle est modifiée, lorsque le cautionnement doit produire des effets plus étendus que la dette principale ; en d'autres termes, lorsque le créancier a intérêt, par une circonstance particulière, à séparer les deux qualités de débiteur et de fidéjusseur qui se trouvent confondues dans la même personne :

Par ex. : si le fidéjusseur qui a donné une hypothèque pour sûreté de son engagement, est mort après avoir institué héritier le débiteur principal, la confusion laisse subsister, dans leur entier, les effets de l'obligation fidéjussoire (1). — si la dette a été contractée par un mineur ou par une femme mariée non autorisée, le créancier pourra poursuivre le débiteur comme héritier de la caution ; car, en cette qualité, il ne sera pas admis à invoquer la nullité fondée sur sa minorité, faculté dont il jouirait s'il était poursuivi de son chef.

Par suite du même principe, la loi décide que l'action du créancier contre le certificateur subsiste, nonobstant la confusion qui s'est opérée dans la personne du débiteur principal et de la caution : elle a considéré d'ailleurs, qu'en répondant pour la caution, le certificateur a répondu par cela même pour le débiteur principal (2).

Les difficultés résultant de la confusion ne peuvent naître, quand la succession n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire (*Voy.* art. 801).

—*Quid*, si l'obligation cautionnée avait pour objet une rente ? — Si la caution n'était pas morte, elle aurait pu, au bout de dix ans, demander sa décharge (2032), et le créancier aurait eu le droit de demander une caution nouvelle : le créancier héritier doit avoir celui de demander, contre les chances de perte, une garantie qu'il eût facilement obtenue, si la confusion ne se fût pas opérée ? — Mais si dix années depuis le cautionnement de la rente ne s'étaient pas encore écoulées au moment où la caution est morte, le créancier héritier ne pourrait demander une caution nouvelle, qu'après l'époque où la caution aurait pu elle-même exiger sa décharge si elle eût vécu (Ponsot, n. 319).

2036 — La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartient au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette;

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.

= Puisque le cautionnement est un accessoire de l'obligation principale, il doit subir le sort de cette obligation : la libération du

(1) Pur., n. 375 et suiv. Zach., t. 3, p. 166. Ponsot, n. 523. Troplong, n. 479 et suiv. Riom, 5 août 1840. Pal., 1841, 1, 343.

(2) Ponsot, n. 321. Troplong, n. 489.

débiteur principal, de quelque manière qu'elle arrive, entraîne donc celle de la caution (2012, l. 1er) (1).

Le fidéjusseur peut-il se prévaloir des exceptions que le débiteur principal avait le droit d'invoquer ? — La caution peut opposer, en son nom personnel, toutes les exceptions qui sont inhérentes à l'obligation : *rei coherentes*; c'est-à-dire, qui résultent de l'inexistence ou de l'extinction de la dette.

Ainsi, la caution est admise à établir, que la dette est nulle faute de cause ou d'objet; qu'elle est contraire aux lois et aux mœurs, ou que le paiement a eu lieu par un mode quelconque.—On donne même généralement pour exemple, l'exception résultant du dol ou de la violence qui entacherait l'obligation principale, et la lésion dans certains contrats.

Mais la caution ne peut échapper aux poursuites du créancier, en invoquant les exceptions *purement* personnelles au débiteur; c'est-à-dire, celles qui sont fondées sur un privilége attaché à sa personne ; qui, sans anéantir l'obligation dans son essence, dispensent de l'accomplir ou atténuent ses effets:—La caution ne pourrait donc valablement opposer, que le débiteur principal était incapable de contracter : elle a dû prévoir qu'il se ferait restituer; c'est même pour se garantir de la restitution, que le créancier a exigé une garantie (2012).

Il va sans dire, que le débiteur ne peut se défendre, en invoquant l'incapacité de la caution, la remise qu'elle a obtenue du créancier (1827) ou la créance qu'elle serait en droit de lui opposer en compensation (1294).

Doit-on considérer comme purement personnelle, l'exception résultant de la cession de biens ? Cette cession ne libère pas le débiteur ; elle est fondée sur une faveur personnelle : en conséquence, lui seul peut l'opposer. Les créanciers ne sont pas censés facilement vouloir renoncer à leur droit.

Quid à l'égard de l'exception qui naît du concordat ? Evidemment, cette exception est purement personnelle au débiteur ; car elle ne lui est accordée qu'en considération de son état de pauvreté : les remises accordées par le concordat n'ont pas été consenties *animo donandi*; mais par nécessité : l'obligation naturelle ne subsiste pas moins pour ce que le débiteur est dispensé de payer : or, une pareille obligation peut être cautionnée (2012). (Pothier, n. 381. — *Lyon*, 14 juin 1826).

La caution pourra-t-elle du moins agir contre le débiteur principal, dans les termes du concordat, pour obtenir ce qu'elle aura payé ? Non, car le débiteur se trouverait alors obligé de payer plus que la portion fixée par le concordat ; les engagements de la

(1) Zach., p. 159. Cass., 22 novembre 1825.

caution ne doivent pas empirer la condition du débiteur (Pothier, n. 381) (1).

Hors le cas de concordat proprement dit, la remise faite au débiteur profite à la caution ; car elle est alors réputée volontaire.

Lorsque le débiteur et le créancier ont transigé, la caution peut se prévaloir des pactes avantageux que renferme la transaction; mais ceux qui aggravent sa position sont sans effet à son égard.

Bien plus, la caution conserve, nonobstant toute convention postérieure intervenue entre le débiteur et le créancier, le bénéfice des transactions qui ont rendu sa condition meilleure ; il y a pour elle droit acquis (2).

Nous déciderons par suite, que si l'exception dont la caution doit profiter est fondée sur une convention faite avec le débiteur, le bénéfice de cette convention ne peut être enlevé à la caution par un nouveau contrat passé entre les mêmes parties ; car il y a eu extinction de l'obligation principale : le cautionnement s'est en quelque sorte évanoui ; même à l'insu de la caution (3).

La caution peut se prévaloir contre le créancier, de la chose jugée en faveur du débiteur principal ; Cela n'est pas douteux : mais quels sont, par rapport à elle, les effets des condamnations que ce dernier a encourues ? Des autorités graves admettent que la caution est représentée par le débiteur principal dans les instances relatives à l'engagement cautionné ; qu'elle est censée lui avoir donné mandat pour défendre les intérêts communs : elles justifient la différence établie sous ce rapport entre le cautionnement et la transaction, par les considérations suivantes : — Le fidéjusseur ne peut prévoir que le débiteur transigera ; mais il a dû prévoir que l'exécution du contrat pourra un jour faire naître des contestations judiciaires. D'ailleurs, la transaction modifie les bases de la convention; dès lors, elle est *res inter alios acta* vis-à-vis de ceux qui n'y sont pas intervenus.

Nous avons combattu ce système sous l'article 1351 (*voy.* Quest. P. 720, t. 4) (4).

Comme c'est en son nom personnel, que la caution est admise à proposer les exceptions qui appartiennent au débiteur, on doit reconnaître qu'elle pourrait se prévaloir de ces moyens, quand même ce dernier y aurait renoncé, et qu'elle peut intervenir dans les instances engagées entre le créancier et le débiteur sur la validité de l'obligation principale.

—La caution peut incontestablement se prévaloir de la transaction faite par le

(1) Delv., p. 140, n. 4. Troplong, n. 504.

(2) Pothier, n. 381. Troplong, n. 506.

(3) Dur. n. 517. Zach., p. 160. Merlin, Rép., v° Caution, § 4, n. 3.

(4) Aux autorités que nous avons citées dans notre sens nous ajouterons : Lyon, 8 août 1832. Dall., n. 318, et pour l'opinion contraire, Troplong, n. 516, et Ponsot, n. 366. Cass., 21 mai 1855. Dall., 1856, 1,258.

débiteur, sur le fait ou la nature de la dette : mais *quid*, si la transaction a eu lieu en considération de ce que le débiteur avait une exception personnelle à faire valoir contre son engagement : telle que celle résultant de ce qu'il se serait obligé en minorité? — Cet acte sera par rapport à la caution, *res inter alios acta* ; toutefois, elle sera déchargée de ce que le débiteur aura payé pour cette cause (Dur., n. 420).

Le bénéfice de l'art. 2036 s'étend-il au fidéjusseur solidaire ? — Pour soutenir que ce bénéfice est limité au cas de cautionnement simple, on dit qu'en se soumettant à la solidarité, le fidéjusseur renonce aux priviléges attachés à sa qualité qu'il n'existe aucune différence entre le fidéjusseur solidaire et le débiteur solidaire (1). — Mais il nous paraît plus juste de décider que l'art. 2036 embrasse, dans ses termes généraux, la caution solidaire comme la caution simple : en effet, bien que la solidarité ait été stipulée, le fidéjusseur ne devient pas débiteur principal ; l'obligation qu'il contracte ne cesse pas d'être accessoire ; il n'est pas moins intervenu pour autrui ; donc on ne peut le placer sur la même ligne que le débiteur solidaire.—L'article 2021 porte, il est vrai, que les obligations du fidéjusseur obligé solidairement, se règlent par les principes établis pour les dettes solidaires, mais cette rédaction, dit avec raison Toullier, n. 378 (1), est trop générale : le législateur avait uniquement en vue, de priver la caution soumise à la solidarité des bénéfices de discussion et de division ; d'assimiler sous ce rapport, la position du fidéjusseur solidaire à celle du débiteur solidaire ; de le soumettre à la règle de l'article 1203. — Il faut, en conséquence, interpréter cet article *secundùm subjectam materiam* et se garder d'étendre par analogie la règle qu'il établit à des cas réglés dans une autre section. — De ce que le fidéjusseur a renoncé au bénéfice de discussion ou de division, il ne s'ensuit pas qu'il ait renoncé aux avantages qui découlent de son rôle de débiteur accessoire (2).

Quid, si le fidéjuseur s'est obligé comme débiteur principal ? — En ce cas, il est lui-même débiteur direct et principal : comment pourrait-il opposer les exceptions *ex personâ debitoris* (Troplong, n. 523).

Quid, à l'égard de celui qui a donné un d'aval? — La raison de douter vient de ce que tous ceux qui apposent leur signature sur une lettre de change ou sur un billet à ordre sont considérés comme débiteurs principaux ; quoi qu'il en soit, l'art. 141 C. de comm., le considère comme garant, c'est assez dire qu'on ne doit pas le placer au nombre des débiteurs principaux et qu'il doit jouir dès lors du droit écrit dans l'art. 2036 (3).

2037 — La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

= Cet article prévoit le cas d'extinction du cautionnement, arrivé par la faute du créancier : il est fondé sur le principe que nul ne doit, par son fait, porter préjudice à autrui (9382).

Le créancier s'est imposé l'obligation de conserver ses actions intactes ; soit pour être à même de discuter le débiteur, soit pour les transmettre à la personne qui le désintéresserait sans exiger la discussion ; s'il manque à cet engagement, à quel titre préten-

(1) Dur., t. 18, n. 333. Colmar, 16 juin 1821.

(2) Pothier, Obl., n. 557. Merlin, Quest., v° Solidarité, § 5. Troplong, n. 322. Zach., p. 158 et 166, t. 3. Ponsot, n. 368. Toullier, n. 376, t. 7. Toulouse, 14 août 1818.

(3) Troplong, n. 524. Merlin, Quest., v° Aval, §§ 2 et 3, p. 664 et 665. Ponsot, n. 423.

drait-il se prévaloir du cautionnement ? Laisser au créancier la faculté de priver les fidéjusseurs, des sûretés qui garantissaient l'efficacité de leur recours, c'eût été consacrer une iniquité, car ils se sont engagés en vue de l'indemnité que leur assurait la subrogation.

Nonobstant ces mots de l'art. 2037 : *par le fait du créancier*, qui ne semblent décharger la caution qu'autant que c'est par un fait *positif* de la part du créancier, que la subrogation est devenue impossible, il nous semble évident qu'une simple *négligence* ou *omission*, par ex., un non-renouvellement d'inscription suffit ; car il y a faute dans l'un et l'autre cas (1383). — Les termes de l'art. 2037 ne sont pas assez précis, pour qu'on puisse y voir une dérogation à la règle générale. — La distinction faite par Pothier (obligation, n. 585), entre le fait positif *in committendo* et le fait négatif *in omittendo*, n'a pas été maintenue dans nos lois : si les auteurs du Code avaient entendu consacrer cette distinction, ils auraient reproduit les expressions : *fait positif*, dont Pothier s'est servi. — Au surplus, les raisons sur lesquelles cet auteur se fondait n'ont plus de force, en présence du principe de subrogation légale consacré par les art. 1251, n. 3, 2029 et 2037 (1).

Cependant, nous n'entendons pas poser une règle absolue : peut-être serait-il exact de dire, que si tout fait positif *in committendo* doit libérer la caution, le fait négatif *in omittendo* peut en certains cas paraître insuffisant; que la solution de la question, en un mot, dépend des circonstances.—Par ex., si la dette était devenue exigible par l'échéance du terme, ne serait-on pas fondé à reprocher au fidéjusseur, de ne pas avoir usé du droit que lui donnait l'art. 2032 4° et d'avoir laissé le débiteur tomber dans l'insolvabilité ? Le fidéjusseur ne mériterait-il pas le même blâme que le créancier ? (2).

Comme la décharge accordée à la caution, dans le cas de l'article 2037, est basée sur le tort que le fait du créancier peut lui causer, en rendant la subrogation impossible, nous pensons que cette décharge n'a lieu que jusqu'à concurrence du profit que la caution aurait retiré de la subrogation : la peine dit Troplong (n. 592), ne doit pas excéder le dommage (3).

Si la subrogation n'est devenue impossible que pour partie, la

(1) Ponsot, n. 332. Troplong, Vente, p. 941, t. 2. Cautionnement, n. 515 et suiv. Zach., t. 3, p. 165. Duvergier, Vente, n. 276 et suiv. Dur., n. 382. Delv., p. 146, n° 6. Rolland, Rép., v° Caution, n. 159. Merlin, Quest., v° Solidarité, § 5. Dur., n. 382. Cas., 29 mai 1838. Dev., 1838, 1, 550. Pal., 1838, 2, 132. Pau, 3 janvier 1824. Caen, 18 mai 1828. Toulouse, 27 août 1829. Bordeaux, 19 août 1822. Cas., 17 août 1836. Dev., 36, 1, 632. Cas., 43 mai 1833. Dev., 33, 1, 574 ; 17 et 15 juillet 1827 ; 14 juin 1841. Dev., 1841, 1, 165 ; 20 mars 1840. Dev., 1843, 1, 455. Pal., 41, 2, 49. — *Voy.* cep. Toullier, t. 7, n. 171. Pothier, Oblig., n. 520. Rennes, 19 mai 1811. Bruxelles, 16 mai 1821. Colmar, 16 juin 1821. Douai, 21 juin 1831. Dev., 1835, 1, 966. Agen, 26 novembre 1836. Dev., 37, 2, 102. Caen, 3 juillet 1841 ; 30 mars 1830. Dev., 1835, 1, 338. Agen, 9 juin 1842. Dal., n. 338. Dev., 42, 2, 543. Pal., 43, 2, 254.

(2) Troplong, n° 563. Agen, 26 novembre 1836. Dall., n° 348. Dev., 1837, 2, 102.

(3) Pothier, n. 557. Zach., t. 3, p. 166. Ponsot, n. 334. Troplong, n. 533 et suiv.

caution n'est affranchie de ses engagements envers le créancier que dans la même proportion (1).

— Celui qui sans s'obliger personnellement, a hypothéqué ses biens pour sûreté de l'engagement contracté, peut-il invoquer le bénéfice de l'article 2037? Quelle est la situation du tiers détenteur? — Troplong (n.562) refuse au tiers détenteur, le bénéfice de l'article 2037 lorsque l'hypothèque est *spéciale*: Il donne pour motif, que l'exception de discussion ne peut, en ce cas, être opposée (2170 et 2171). — Nous admettons cette décision, mais par les motifs suivants, que nous puisons dans un arrêt de la cour de cassation : « Vu les articles 2011 et 2015 C.civ. considérant, qu'il résulte du premier de ces articles, que le cautionnement est un « acte par lequel un tiers s'oblige de payer une dette, en cas que le débiteur ne « l'acquitte pas lui-même ; — Qu'il est de l'essence d'un engagement de ce genre, « que celui qui le contracte s'oblige personnellement envers le créancier; — Que « si au lieu de s'obliger personnellement, il ne fait que promettre de livrer ou en« gager à titre de garantie, des propriétés mobilières ou immobilières, il peut ré« sulter de ces stipulations un acte de nantissement qui autorise une affectation « hypothécaire; mais non un cautionnement tel que le définit le Code civil. » — De là cette conséquence, que la disposition de l'article 2037 relative au cautionnement, ne peut être appliquée à l'affectation hypothécaire — l'hypothèque, nous le répétons, se distingue du cautionnement par sa nature et par ses effets ; elle ne confère de droits que sur la chose engagée; aucune action personnelle ne peut être formée contre celui qui l'a consentie (2) — Il faut restreindre l'application de l'article 2037, au cas où plusieurs immeubles ayant été affectés hypothécairement, quelques-uns sont restés entre les mains du débiteur principal ou autre personnellement obligé.

On élevait autrefois la question de savoir, si le créancier qui avait déchargé l'une des cautions, pouvait ensuite agir utilement contre les autres ? — cette question est aujourd'hui textuellement résolue contre le créancier (1214) : nul doute que le fidéjusseur poursuivi, peut se prévaloir, en ce cas, du bénéfice de notre article ; du moins, pour la part de la caution déchargée : On doit présumer, que les codébiteurs ne se seraient pas engagés solidairement, s'ils n'avaient compté sur un recours efficace, au cas où on les contraindrait à payer la dette en entier, et qu'ils ont entendu imposer au créancier, la charge de ne rien faire qui pût empêcher la subrogation légale de s'opérer efficacement en leur faveur. (3)

Devrait-on regarder comme mal fondée, la caution qui se plaindrait de la perte d'une hypothèque que le créancier aurait acquise depuis le cautionnement? — Pour l'affirmative, on dit que la caution est seulement subrogée aux droits que le créancier avait au moment du cautionnement ; qu'elle ne peut se plaindre, si les sûretés que le créancier a données n'ont été par lui acquises que depuis le contrat(4). — Cette doctrine est généralement condamnée : sans doute, la caution ne peut dire qu'elle a compté sur cette hypothèque : cependant, on doit admettre ses réclamations, s'il y a eu faute grave de la part du créancier; car le bénéfice de l'hypothèque aurait profité à la caution. — A la vérité, les anciens auteurs n'obligeaient pas le créancier à conserver les sûretés par lui acquises depuis le caution-

(1) Pothier, n. 557. Ponsot, n. 334. Zach., t. 3, p. 166. Toulouse, 2 janvier 1823.

(2) Dur., t. 18, n. 382. Troplong, n. 561. Cass. 21 novembre 1832; 10 août 1814. Dev., notes. Cass. 17 mars 1851, D., p. 52 1, 97.

(3 Pothier, Oblig., n. 275, 280, 520, 557. Zach., t. 2, § 298, n. 40. Delv., t. 2, p. 135. n. 5. Merlin, Quest., v° Solidarité, § 5. Dur., t. 18, n. 382. Toullier, t. 7, n. 172. Cass. 13 janvier 1816. Troplong, n. 563, critique cette décision ; mais il n'entre dans aucun développement. *Voyez*, en outre, Cass. 17 janvier 1831. Caen, 12 mai 1835. Dev., 35, 1, 338 ; 5 décembre 1843. Dev., 1845, 1, 71. Pal., 1843, 2, 815.

(4) Pothier, Oblig., n. 557. Caen, 18 mars 1820. Cass. 16 janvier 1831, Dev., 1831, 1, 97 ; 12 mai 1835. Dev., 1835, 1 338.

nement ; mais cela tenait à l'opinion admise, que les seules actions transférées par le créancier, au moyen de la cession d'actions, étaient celles qui appartenaient au créancier au moment où le cautionnement avait été consenti : or, il n'est pas douteux, aujourd'hui que la subrogation légale transfère à la caution, sans aucune distinction, toutes les actions du créancier.—La caution a dû compter sur toute l'utilité que pouvait lui procurer la subrogation. — Si elle avait opposé l'exception de discussion, aurait-on distingué les biens que le débiteur possédait lors du contrat et ceux qu'il a acquis depuis ? Dès lors, n'est-il pas rationnel, de faire supporter par le créancier, les conséquences de la faute qu'il a commise en renonçant à des garanties qui, bien que postérieures au cautionnement, seraient entrées en ligne de compte pour éteindre la dette ? La perte de ces garanties ne cause-t-elle pas un préjudice réel à la caution ? Pourquoi donc lui refuserait-on en ce cas le bénéfice de l'article 2037 ? — Au surplus, la disposition de l'art. 2037 est générale.—il va sans dire, que la caution ne serait pas écoutée, si le créancier ne devait point venir en ordre utile (1).

La disposition de l'art. 2037 s'applique-t-elle à la caution solidaire comme à la simple ?—D'une part, on raisonne ainsi : la loi prive la caution solidaire du bénéfice de discussion ; par cela même, elle lui interdit d'invoquer l'article 2032, puisque cet article est une conséquence de ce bénéfice. — L'article 2021 assimile la caution solidaire à l'obligé solidaire ; or, dans le chapitre des obligations solidaires, on ne trouve pas une seule disposition qui reproduise celle de l'art. 2037 : l'engagement de la caution solidaire n'est donc ni solidaire ni conditionnel ; il est principal et direct : la caution ne peut dès lors, dans le cas prévu, demander sa décharge. (Arg. de l'art. 1216) (2).—Néanmoins nous n'admettons pas ce système : L'article 2037 n'est au fond qu'une application des art. 1382 et 1383. — L'art. 2021 n'a pas toute la portée qu'on lui attribue dans l'opinion opposée ; la caution solidaire ne peut être complètement assimilée au débiteur solidaire ; la clause de solidarité n'enlève pas au cautionnement son caractère de contrat accessoire : dès lors, il est impossible de priver la caution solidaire du bénéfice de l'art. 2037 ;—d'ailleurs, cet article ne distingue pas entre les cautions simples et les cautions solidaires (3).

2038 — L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé.

= Le débiteur ne peut aggraver la position du fidéjusseur ; mais il a mandat pour l'améliorer. —Appliquant ce principe au cas où il

(1) Dur. n. 382. Ponsot, n. 284. Cass. mai 1850. Dall., 1850, 1, 158.

(2) Troplong, n. 557 et suiv. Toullier, t. 7, n. 171. Rennes, 19 mars 1811. Rouen, 17 mars 1818. Bourges. 6 juillet 1837. Colmar, 16 juin 1821 et 11 mars 1835. Dev., 1835, 2, 455. Limoges, 21 mai 1835. Dev., 35, 2, 455 et 10 juillet 1837. Agen, 26 novembre 1836 ; Dev., 37, 2, 102, 39, 2, 291.

(3) Pothier, Oblig., n. 557. Zach., t. 3, p. 166. Ponsot, n. 329. Dur., n. 382. Rolland, v° Cautionnement, n. 155. Merlin. Quest, v° Solidarité. § 5. Cass. 29 mai 1838, Pal., 1838, 2, 132. Dev., 1838, 1, 550. 2, 49. Dall., n. 334, t. 18. 14 juin 1841, Dev., 1841, 1, 465. Pal., 2,49. 20 mars 1832. 17 août 1836. D., 36, 1, 424. Dev., 1836, 1, 632. Bordeaux, 19 août 1822. Pau 3 janvier 1824. Caen, 18 mars 1828. Agen, 9 juillet 1842. Bordeaux. 21 mars 1839. Toulouse, 19 mars 1842. Limoges, 28 mars 1844. D., p. 45, 2, 56. Pal., 1845, 1, 538. Dev., 1845, 2, 145. Cass. 20 mars 1843. Dev., 1843, 1, 455. Pal., 1843. 2. 255, 13 janvier et 23 mars 1852. D., 1. 52, 1, 9 et 102. Bourges, 10 juin 1851, D. p., 52, 228. Cass. 9 janvier 1849. D., p. 49, 1, 70.

aurait fait une dation en payement, notre article décide que le fidéjusseur cesse d'être obligé ; l'accessoire ne pouvant subsister sans le principal.

A ce titre, peu importerait que le créancier eût été évincé de la chose reçue : le débiteur resterait obligé; mais le payement n'aurait pas moins éteint le cautionnement. — En principe, il est vrai, on considère la dation en payement comme non avenue, lorsqu'elle n'a pas rendu le créancier propriétaire de la chose livrée; mais la loi a dû établir dans le cas prévu, une exception à cette règle en faveur du fidéjusseur ; car, se croyant libéré, il a pu s'abstenir de toutes mesures conservatoires qui auraient assuré l'efficacité de son recours contre le débiteur : or, il eût été souverainement inique, de l'exposer au contre-coup d'une circonstance qu'il n'a pu empêcher; qui n'est pas même entrée dans ses prévisions, et qui fait renaître l'action du créancier : ainsi, à l'égard de la caution, *res est irrevocabiliter et incommutabiliter adquisita.*

Si le payement n'a été que partiel, la caution n'est libérée que pour partie.

Quel serait le sort du cautionnement, si le créancier avait fait réserve de ses droits résultant de la créance originaire, dans la prévision du cas où il serait évincé de la chose reçue en payement ? Si le créancier a stipulé que la caution garantirait le payement, l'ancienne créance subsiste ; l'article 1281 2e alinéa est formel: tous les auteurs sont d'accord sur ce point.

Mais, que doit on décider, si le créancier s'est borné à faire réserve de ses droits, sans exiger l'accession de la caution ? Duranton (383), enseigne que cette clause produit ses effets, le cas d'éviction échéant, sauf à la caution, si cela ne lui convient pas, à demander sa décharge au débiteur, à l'époque de l'exigibilité de la dette, conformément à l'art 2032 4e.—Ponsot (n. 327) admet une autre distinction: Suivant lui, si les réserves ont été notifiées à la caution, le créancier peut les lui opposer : car, étant alors avertie, elle a pu, dans les cas prévus par l'article 2032, poursuivre contre le débiteur la décharge du cautionnement; si ces clauses ne lui ont pas été notifiées, le créancier ne peut s'en prévaloir. — Troplong (n. 583) rejette l'un et l'autre système : il fait observer, d'une part, que les réserves du créancier ne seraient que *protestatio contrà factum*, et qu'on ne peut reconnaître à la caution, le droit de faire cesser un état de choses dont le créancier se contente; *d'autre part*, que la notification des réserves faites à la caution, n'est nullement prescrite par la loi ; quelle est sans influence sur le cautionnement ; qu'elle n'a d'ailleurs aucun but utile, puisque le débiteur ne pourrait procurer à la caution sa décharge, qu'en désintéressant le créancier; que ce dernier ne renoncera certainement pas, sans indemnité, aux garanties

que lui offrait le premier acte : par suite, il décide que les engagements du fidéjusseur ont cessé d'exister.

Selon nous, la caution n'est pas libérée : bien loin de vouloir se priver de cette garantie, le créancier a fait des réserves ; or, nul n'est facilement présumé vouloir renoncer à son droit. — D'ailleurs, ne serait-il pas bizarre, qu'une mesure acceptée par le créancier, pour faciliter la libération de son débiteur, dût avoir pour effet de le placer dans une position moins favorable que celle où il se trouvait. — On dit que les arrangements intervenus entre le débiteur et le créancier arrêteront les mesures que la caution aurait pu prendre pour assurer l'efficacité de son recours : cette considération n'est pas concluante : la caution doit savoir qu'elle n'est pas irrévocablement libérée ; dès lors elle doit, comme par le passé, se prémunir contre les éventualités qui la replaceraient sous le coup des poursuites du créancier (1).

Il est superflu de dire, que la disposition de l'art. 2038 n'est pas limitative et que la caution est déchargée, dans tous les cas où, par de nouvelles conventions, le créancier imprudent a éteint en apparence le contrat primitif ; car, à partir de ce moment, elle a dû cesser de prendre des mesures conservatoires contre le débiteur : maintenir l'obligation de la caution, ce serait la rendre victime du fait du créancier.

Remarquons surtout, que notre article statue pour le seul cas de dation en payement ; en d'autres termes, pour le cas où le créancier a reçu en payement une chose autre que celle qu'on lui doit : si c'était la chose même qui faisait l'objet de l'obligation, qui eût été payée, ou si le débiteur s'était uniquement engagé, en termes généraux, à satisfaire le créancier, la caution ne serait donc pas déchargée, en cas d'éviction.

2039 — La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement.

= La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur, n'éteint pas la dette : on ne peut, dès lors, refuser à la caution obligée purement et simplement, le droit d'agir contre le débiteur, conformément à l'art. 2032 ; car elle a dû penser que ses engagements finiraient à la première échéance. — Par suite, le débiteur pourra se trouver privé du bénéfice de la prorogation.

Nonobstant les inductions que l'on pourrait tirer des termes de l'art. 2039, il nous paraît évident que c'est seulement à l'échéance du terme primitif, et non au moment de la prorogation accordée

(1) Dall. 2, n. 365. Turin, 11 juin 1808.

avant cette échéance, que la caution aura le droit de poursuivre le débiteur, pour le forcer au payement.

Lorsque la caution n'est obligée que pour un temps, elle est libérée à l'expiration de ce terme.

CHAPITRE IV.

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE.

On appelle cautions *légales*, celles qui sont données en vertu des dispositions de la loi; — Et cautions *judiciaires*, celles que le juge enjoint de donner, par un jugement soit d'avant faire droit, soit définitif.

La loi oblige à donner caution dans un grand nombre de cas: (*Voy.*: art. 16, 601, 1446, 2185, 120, 123, 626, 771, 807, 1518, 1653, C. civ.; 166, 542, 832, 992, 993, C. Pr.; 120, 151, 231, 346, 384, 444, 466. C. de comm.; 114 et suiv. C. instr. cr.; 44 et 46, C. pén).

Le cautionnement légal et le cautionnement judiciaire sont soumis à toutes les conditions déterminées par les art. 2018 et 2019; ils produisent les mêmes effets et s'éteignent de la même manière que le cautionnement conventionnel; on remarque toutefois cette différence, que dans les 2 premiers cas, le débiteur est admis à donner un gage en nantissement suffisant, s'il ne peut trouver une caution solvable. — La caution judiciaire a cela de particulier, qu'elle doit être susceptible de contrainte par corps, et qu'elle est tenue plus rigoureusement que la caution légale et la caution conventionnelle, en ce sens qu'elle ne peut demander la discussion des biens du débiteur principal.

Il n'est pas douteux, que l'on peut présenter pour caution plusieurs personnes: aucun texte ne déclare que le cautionnement devra être fourni par une seule (1).

2040 — Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les art. 2018 et 2019.

Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit, en outre, être susceptible de contrainte par corps.

= La loi soumet la caution judiciaire à la contrainte par corps: « des liens plus forts et de plus grandes sûretés doivent être exigés, lorsqu'il s'agit d'obligations qui se contractent par l'entremise de la justice »(*Treilhard, exposé des motifs*).

(1) Grenier, Hyp., t. 2, n. 448. Chauveau sur Carré, Pr., Quest., 2467. Paris, 3 août 1812. Cass. 4 avril 1826. Toulouse, 2 août 1827. Bordeaux, 20 août 1831.

Sous notre ancienne législation, cette voie d'exécution était attachée par la loi elle-même au seul fait du cautionnement. — De nos jours, quelques auteurs enseignent que le Code n'a pas dérogé à cette règle ; ils invoquent notamment la disposition finale de l'article 519 Pr. ainsi conçue: « ... La caution fera au greffe sa soumission, qui sera exécutoire sans jugement, *même pour la contrainte par corps s'il y a lieu* »—Vainement, disent-ils, argumenterait-on de ces mots de l'article 2060, 5°: « la contrainte par corps a lieu.. contre la caution judiciaire et contre la caution des contraignables par corps, *lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte :* » Pour en connaître le sens, il faut se reporter aux travaux préparatoires : or, l'article du projet, 5e al., ne parlait que des *cautions judiciaires :* c'est dans la discussion, qu'on ajouta phrase : « *et contre la caution des contraignables par corps, quand elles se sont soumises à cette contrainte* : » donc, le législateur a eu seulement en vue les cautions des contraignables par corps (1). — Nous pensons néanmoins, que la caution judiciaire n'est pas de droit soumise à la contrainte par corps : d'une part, l'article 2060 5° ne donne pas lieu à interprétation ; il est formel : Les mots : *lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte*, s'appliquent grammaticalement aux cautions judiciaires comme aux cautions contraignables par corps ; d'autre part, l'article 2040 ne dit pas que la caution doit se soumettre à la contrainte par corps ; mais qu'elle *doit être susceptible de contrainte par corps.* — Quant aux expressions qui terminent l'article 519 Pr., elles expriment que la caution n'est soumise à cette mesure, que si elle a pu régulièrement y adhérer ; par exemple, si les dommages-intérêts obtenus par le créancier sont au-dessus de trois cents francs (2065) (2); et que dans tous les cas il faut, à cet égard, une stipulation du créancier. « C'est bien le moins, dit Favard, qu'on avertisse l'homme simple et obligeant qui se rend caution des conséquences rigoureuses de l'obligation qu'il va souscrire. »

Il est superflu de dire que le créancier peut refuser la caution qui ne lui donne pas cette garantie.

— La caution que l'étranger demandeur doit fournir, aux termes des art. 16, C. civ, et 166 Pr., est-elle légale ou judiciaire ? — Elle est judiciaire si l'étranger se laisse condamner à la fournir.

2041 — Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un gage, en nantissement suffisant.

= La loi vient au secours du débiteur, quand il ne peut trouver une caution qui ait les qualités requises : elle admet ce débiteur, à donner un gage en *nantissement*, c'est-à-dire, une sûreté quelcon-

(1) Carré, t. 2, p 320. Thomine-Desmazures, art. 519, Pr. Pouget Cautionnement, n. 414. Dall., n. 376. Turin, 28 mai 1806.

(2) Dur., n. 386. Pigeau, t. 1er, p. 511. Favard, v° Caution.

que, gage, hypothèque, antichrèse, etc. (arg. de l'art. 177 Pr.), pourvu que ce gage soit suffisant. — Quelques auteurs contestent cette opinion en ce qui concerne l'offre d'une hypothèque : La disposition exceptionnelle de l'art. 2041 ne doit pas être entendue arbitrairement, disent-ils : or, la loi ne parle que du gage ; elle ne mentionne pas l'hypothèque : la crainte des actions résolutoires et des hypothèques occultes, est une raison suffisante pour que le créancier soit fondé à refuser cette garantie (1) : Mais on ne voit pas de motif raisonnable pour imposer une semblable gêne au débiteur : le mot *gage* est ici générique; il est synonyme de sûreté (2).—Le juge doit donc prononcer eu égard aux circonstances et prendre surtout en considération, la moralité, la bonne foi, le crédit du débiteur et les raisons sur lesquelles le créancier fonde son refus (Troplong, Cautionnement, n. 941).

Cet article est particulier au cas de caution légale et de caution judiciaire : Le débiteur ne jouit pas de la même faculté, lorsque l'obligation de fournir caution résulte d'une convention : c'était à lui à ne pas s'y soumettre ; il ne peut aller contre les termes du contrat.

2042 — La caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal.

= Pourquoi cette rigueur exceptionnelle ? Elle est fondée sur le respect dû aux décisions judiciaires : la loi veut qu'elles soient exécutées sans retard ; la position de la caution *judiciaire* tient de celles de l'ex-promissor (3).

Observons, que le bénéfice de discussion est seul refusé à la caution: la loi ne modifie point, quand il s'agit d'une caution judiciaire, les règles établies par les articles 2025, 2026 et 2027 sur le bénéfice de division (Ponsot, n. 211).

2043 — Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution.

= Ainsi, la rigueur de l'article précédent s'étend à celui qui a cautionné la caution judiciaire : le certificateur ne peut avoir plus de droits que la caution ; les mêmes obligations lui sont imposées.

(1) Zach., t. 2, p. 3. Ponsot, n. 386. Toulouse, 10 mai 1809.

(2) Pigeau, Pr., t. 2, p. 388. Toullier, t. 3, n. 422. Dur., t. 4, n. 603. Paris, 12 septembre 1839. Dall., n. 379; 15 avril 1820. Dall., n. 155.

(3) Fenet, t. 15, p. 46.

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DU TITRE XIV.

—

Du cautionnement.

Sommaire. P. 625.

CHAPITRE Ier.

De la nature et de l'étendue du cautionnement. P. 629.

Sommaire. P. 629.

Art. 2011. — En quoi consistent les engagements de la caution ? Sont-ils conditionnels ? P. 630.

Art. 2012. — Quelles conséquences doit-on tirer du principe que le cautionnement n'est qu'une obligation accessoire. P. 631. — *Quid* si l'obligation principale peut être annulée par une exception *purement personnelle* à l'obligé? — *Quid* si l'exception est *in rem* ? P. 633. Peut-on cautionner valablement un interdit ou un individu soumis à un conseil judiciaire ? Si le mineur émancipé a fait réduire, en vertu de l'article 484, les engagements qu'il a contractés, la réduction profitera-t-elle à la caution? P. 634. Peut-on cautionner la vente d'un fonds dotal ? Pendant combien de temps la caution pourra-t-elle opposer la nullité fondée sur le vice inhérent au contrat? P. 635.

Art. 2013. — Le cautionnement peut-il excéder ce qui est dû par le débiteur, ou être contracté sous des conditions plus onéreuses ? — Le cautionnement est-il nul en ce cas ? — Peut-il être contracté pour une partie de la dette ou sous des conditions moins onéreuses ? P. 637.

Questions. — Le fidéjusseur peut-il se lier plus étroitement que le débiteur? P. 637. — Doit-il se soumettre à la contrainte par corps, bien que le débiteur principal n'y soit pas soumis ? P. 638.

Les clauses pénales peuvent-elles être imposées à la caution sans l'être expressément au débiteur principal ? P. 638.

L'engagement pris par un tiers de payer une somme au cas où le débiteur principal ne remplirait pas l'obligation de *faire* qu'il a contractée, est-il valable ? P. 638.

La caution peut-elle se prévaloir du délai de paye (1244) que le débiteur principal a obtenu ? P. 638.

Art. 2014. — Peut-on se rendre caution sans ordre du débiteur principal ? — Peut-on le cautionner malgré lui ? P. 639. — Peut-on cautionner une caution ? Quelle est alors la position du certificateur ? P. 639.

Art. 2015. — Le cautionnement peut-il être tacite ? P. 639. — Un écrit est-il nécessaire pour le constituer ? Peut-il s'étendre d'une personne à une autre ? P. 640. — S'éteint-il par le décès de la personne cautionnée ? P. 640.

Art. 2016. — Quelle est l'étendue des obligations de la caution ? Est-elle tenue des frais faits par le créancier pour obtenir payement du débiteur ? P. 641.

Art. 2017. — Les engagements de la caution sont-ils restreints à sa personne ? P. 642.

Art. 2018. — Quelles sont les conditions requises par la loi pour que la caution soit réputée donner toute garantie au créancier ? P. 643. — Est-il nécessaire que la caution ait son domicile dans le ressort de la cour du lieu où elle doit être donnée ? P. 644.

Questions. — Si la caution transporte son domicile hors du ressort de la cour du lieu où elle a été reçue, le créancier peut-il exiger du débiteur un nouveau garant ? P. 645.

Bien que capable légalement la caution peut-elle être remise si son caractère tracassier donne au créancier des inquiétudes sérieuses ? P. 645.

Art. 2019. — Sur quelles bases estime-t-on la solvabilité d'une caution ? — A-t-on égard aux immeubles litigieux ? Quel est dans l'article 2019 le sens du mot litigieux ? P. 646. — La règle que la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières n'est-elle pas soumise à quelques exceptions ? — La soumission de la caution faite conformément à l'article 519 Pr. emporte-t-elle hypothèque judiciaire ? P. 647.

Art. 2020. — Lorsque la caution cesse de réunir, après le cautionnement les conditions déterminées par l'article 2019, le débiteur est-il tenu d'en donner une autre ? P. 647. — *Quid* si elle est devenue incapable ? — *Quid* si elle a transporté son domicile hors du ressort de la cour ? — *Quid* si elle est devenue insolvable ? P. 647. — Que doit-on entendre ici par insolvabilité ? — Pour que le débiteur soit affranchi de l'obligation de fournir une caution nouvelle en cas d'insolvabilité de la première, est-il de rigueur que le créancier ait formellement exigé pour caution la personne devenue insolvable ? P. 648.

Questions. — La caution qui était déjà insolvable à l'époque où elle a été reçue, doit-elle être remplacée ? P. 649.

L'insolvabilité postérieure au cautionnement résulterait-elle de ce que la caution couvrirait ses biens d'hypothèques ? P. 649.

CHAPITRE II.

De l'effet du cautionnement.

SECTION Ire.

De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.

Sommaire. P. 649.

Bénéfice de discussion.

Art. 2021. — En quoi consiste ce bénéfice ? Quelles conséquences doit-on tirer du principe que le bénéfice de discussion est introduit en faveur du débiteur ? P. 653.

Art. 2022. — Le bénéfice de discussion peut-il être invoqué par la caution en tout état de cause ? — *Quid* si les poursuites sont judiciaires. — *Quid* si elles sont extrajudiciaires ? P. 654. — La caution est-elle encore recevable à opposer le bénéfice de discussion si elle a contesté l'existence ou la validité soit de l'obligation principale, soit du cautionnement ? P. 655.

Art 2023. — Sous quelles conditions la caution est-elle admise à se prévaloir des bénéfices de discussion ? P. 655.

Art. 2024. — La caution est-elle responsable de l'insolvabilité du débiteur survenue depuis que l'exception de discussion a été opposée au créancier ? P. 657.

Bénéfice de division.

Sommaire P. 657.

Art. 2025. — La loi n'établit-elle point sous ce rapport une différence entre la position du cofidéjusseur et celle du débiteur qui se sont obligés conjointement ? Pourquoi cette différence ? Les cofidéjusseurs imputés sont-ils tenus solidairement ou seulement *in solidum*.

Questions. — La disposition de l'article 2025 est-elle restrictive ou seulement explicative ? P. 659.

Art. 2026. — Quel est l'effet de l'exception de division ? A quelle période de la procédure peut-elle être opposée ? P. 659. — *Quid* si les poursuites sont extra-

judiciaires ? P. 660. — Quelles sont les conditions requises pour que la division puisse être prononcée ? P. 660. — Le fidéjusseur qui oppose l'exception de division doit-il faire l'avance des frais nécessaires pour poursuivre ses consorts ? P. 662. — La caution peut-elle avant toute poursuite judiciaire ou extrajudiciaire contraindre le créancier à recevoir divisément sa part de la dette ? P. 662.

Questions. — Un cautionnement peut-il se diviser avec une caution qui n'a pas valablement contracté ? P. 663.

Peut-on assimiler à un cofidéjusseur insolvable celui qui demeure à l'étranger ? P. 663.

Art. 2027. — Le créancier peut-il renoncer au bénéfice de l'action solidaire contre la caution ? Dans quel cas est-il censé renoncer à ce bénéfice ? — Comment concilier l'article 2027 avec l'article 1211 ? P. 663.

SECTION II.

De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

Sommaire. P. 664.

Art. 2028. — La caution qui a payé a-t-elle un recours contre le débiteur si le cautionnement a eu lieu à l'insu de ce dernier ? Quel est l'objet de ce recours ? P. 668.

Art. 2029. — Indépendamment de l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria* la caution n'est-elle pas subrogée aux droits du créancier ? P. 669.

Art. 2030 — Quelle est vis-à-vis du cofidéjusseur la position de la caution qui a payé la dette ? P. 669.

Art. 2031. — Que doit faire la caution lorsqu'elle a payé la dette pour conserver son recours contre le débiteur ? P. 670. — Lorsqu'elle a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, n'est-elle pas privée de recours en certains cas ?

Art. 2032. — En principe la caution ne peut agir contre le débiteur principal avant d'avoir payé ? Mais cette règle générale ne souffre-t-elle pas exception en certains cas ? P. 671. — *Quid* si l'obligation est de nature à ne devoir s'éteindre qu'après un temps déterminé ? Que doit-on décider relativement aux rentes constituées ? Quel moyen de contrainte la caution peut-elle employer ? Le fidéjusseur *negotiorum gestor* peut-il invoquer le bénéfice de l'article 2032 ? — *Quid* si le fidéjusseur s'est engagé malgré le débiteur ? P. 674. Doit-on appliquer la disposition de l'article 2032 au cas de cautionnement solidaire ? L'énumération faite par l'article 2032 est-elle limitative ?

Questions. — Celui qui a hypothéqué ses biens pour sûreté d'une rente constituée par un tiers, peut-il se prévaloir comme la caution du bénéfice de l'article 2032 pour faire prononcer l'extinction de l'hypothèque ? P. 674.

Celui qui a cautionné un agent comptable peut-il demander sa décharge après l'expiration de 10 années ? P. 674.

Si le débiteur a fait faillite quelle est la position de la caution ? P. 674.

SECTION III.

Effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

Art. 2033. — La caution qui a payé la dette entière sans opposer l'exception de division a-t-elle un recours contre ses cofidéjusseurs ? Quelles sont les bases de ce recours ? P. 675. — Sous quelles conditions peut-il être exercé ? Dans quelle proportion ? — *Quid* si la caution s'est fait subroger expressément aux droits du créancier ? P. 676. — Comment s'opère le recours lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires si la caution qui a payé n'a cautionné que l'un

d'eux ? P. 677. — Dans quelle proportion peut-elle recourir contre le fidéjusseur des autres débiteurs ? P. 677. — Quelle est la position du certificateur qui a payé la dette ? P. 679. — Le fidéjusseur qui a payé a-t-il un recours contre les tiers qui ont affecté hypothécairement leurs biens à la sûreté de la dette ? P. 679.

CHAPITRE III.

De l'extinction du cautionnement.

Art. 2034. — L'extinction de l'obligation principale entraîne-t-elle dans tous les cas celle du cautionnement ? — *Quid* si le débiteur s'est fondé sur son incapacité ? L'extinction du cautionnement porte-t-elle atteinte aux droits du créancier contre le débiteur principal ? — *Quid* si le fidéjusseur juré sur le serment à lui prêté que la dette n'existe pas ? — *Quid* s'il a été condamné par un jugement passé en force de chose jugée ? — *Quid* s'il a transigé ? — *Quid* s'il a reconnu la dette ? — *Quid* en cas de remise de la dette ? P. 681. — Quel est l'effet des actes conservatoires faits par le créancier soit contre le débiteur principal soit contre la caution ? Le fidéjusseur peut-il opposer au créancier la compensation de ce que ce dernier doit au débiteur ? P. 681.

Art. 2035. — Quel est l'effet de la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de la caution ? — *Quid* si la qualité de créancier et de caution se trouve réunie ? P. 681.

Questions. — Quel serait l'effet de la confusion si l'obligation cautionnée avait eu pour objet une rente ? P. 682.

Art. 2036. — Le fidéjusseur peut-il se prévaloir sans distinction de toutes les fins de non-recevoir que le débiteur principal aurait le droit d'invoquer. P. 683.

Questions. — La caution peut-elle se prévaloir de la transaction intervenue avec le débiteur sur une exception purement personnelle à ce dernier ? P. 685.

Le bénéfice de l'article 2036 peut-il être invoqué par le fidéjusseur solidaire ? P. 685.

Quid si le fidéjusseur s'est obligé comme débiteur principal ? P. 685.

Quid juris à l'égard de celui qui a donné un aval ? P. 685.

Art. 2037. — Le créancier qui a perdu par sa faute les garanties de la créance conserve-t-il une action contre les cautions ? P. 686.

Questions. — L'article 2037 peut-il être invoqué par celui qui a hypothéqué ses biens pour sûreté de l'engagement contracté ? P. 687.

Le créancier qui a déchargé l'une des cautions peut-il ensuite agir utilement conte les autres ? P. 687.

La caution pourrait-elle se faire restituer par le motif que le créancier aurait laissé primer une hypothèque par lui acquise depuis le cautionnement contracté ? P. 688.

Le bénéfice de l'article 2027 peut-il être invoqué par la caution solidaire comme par la caution simple ? P. 688.

Art. 2038. — Quel est par rapport au cautionnement l'effet d'une dation en payement si le créancier a été évincé de la chose livrée ? P. 689. — *Quid* si le créancier, en recevant la chose, a fait réserve de ses droits contre la caution ? P. 689. — *Quid* s'il n'a pas exigé l'acceptation de la caution ? P. 689.

Art. 2039. — La prérogative du terme accordé au débiteur principal prive-t-elle la caution du droit d'agir en vertu de l'article 2032 pour se faire décharger de ses obligations ? P. 690

CHAPITRE IV.

De la caution légale et de la caution judiciaire.

Sommaire. P. 691.

Art. 2040. — Sur quelles bases apprécie-t-on la solvabilité d'une caution soit légale, soit judiciaire ? P. 691. — La caution judiciaire est-elle soumise de plein droit à la contrainte par corps ? P. 692.

Art. 2041. — Quelle ressource la loi accorde-t-elle au débiteur dans le cas de cautionnement soit légal, soit judiciaire, s'il ne peut trouver de caution ? P. 693.

Art. 2042. — La caution judiciaire peut-elle demander la discussion du débiteur principal ? P. 693.

Art. 2043. — Le certificateur d'une caution judiciaire peut-il demander la discussion du débiteur principal et de la caution ? P. 693.

FIN DU TOME SIXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS CE VOLUME.

TITRE VIII.

DU CONTRAT DE LOUAGE.

CHAP. I. Dispositions générales 1
CHAP. II. Du louage des choses. 2
SECT. 1. — Règles communes aux baux. 8
§ 1. — Des maisons et des héritages ruraux 18
SECT. 2. — Règles particulières aux baux à loyer 103
3. — Règles particulières aux baux à ferme 116
CHAP. III. — Du louage d'ouvrage et d'industrie 146
SECT. 1. — Louage des domestiques et ouvriers. 152
2. — Des voituriers par terre et par eau 162
3. — Des devis et des marchés 176
CHAP. IV. — DU BAIL A CHEPTEL 200
SECT. 1. — Dispositions générales 201
2. — Du cheptel simple. 202
3. — Du cheptel à moitié 218
4. — Du cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou à son colon partiaire. 220
CHAP. V. — Du contrat réciproquement appelé cheptel 228
Résumé analytique. 229

TITRE IX.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ. 243

CHAP. I. — Dispositions générales. 243
II. — Des diverses espèces de sociétés 267
SECT. 1. — Des sociétés universelles 269
2. — Des sociétés particulières. 283
CHAP. III. — Des engagements des associés. 284
SECT. 1. — Engagements des associés entre eux. 284
2. — Engagements des associés à l'égard des tiers 336
CHAP. IV. — Des différentes manières dont finit la société 341
Résumé analytique. 359

TITRE X.

DU PRÊT 365

CHAP. I. — Du prêt à usage 366

SECT. 1. — De la nature du prêt à usage 366
2. — Des engagements de l'emprunteur. 370
3. — Des engagements de celui qui prête à usage 390
CHAP. II. — Du prêt de consommation. 394
SECT. 1. — De la nature du prêt de consommation 394
2. — Des obligations du prêteur 403
3. — Des engagements de l'emprunteur. 405
CHAP. III. — Du prêt à intérêt. 409
Résumé analytique 449

TITRE XI.

DU DÉPOT ET DU SÉQUESTRE. 454
CHAP. I. — Du dépôt en général et de ses diverses espèces 454
CHAP. II. — Du dépôt proprement dit. 455
SECT. 1. — De la nature et de l'essence du contrat de dépôt. . . . 458
2. — Du dépôt volontaire 459
3. — Des obligations du dépositaire. 466
4. — Des obligations du déposant. 488
5. — Du dépôt nécessaire 490
CHAP. III. — Du séquestre. 499
SECT. 1. — Des diverses espèces de séquestres 499
2. — Du séquestre conventionnel. 499
3. — Du séquestre ou dépôt judiciaire. 503
Résumé analytique. 508

TITRE XII.

DU CONTRAT ALEATOIRE 512
CHAP. I. — Du jeu et du pari. 514
CHAP. II. — Du contrat de rente viagère. 523
SECT. 1. — Conditions requises pour la validité du contrat. 526
2. — Effet du contrat entre les parties contractantes. 542
Résumé analytique. 542

TITRE XIII.

DU MANDAT 555
CHAP. I. — De la nature et de la forme du mandat 556
CHAP. II. — Des obligations du mandataire. 582
CHAP. III. — Des obligations du mandant. 599
CHAP. IV. — Des différentes manières dont finit le mandat. 610
Résumé analytique. 621

TITRE XIV.

DU CAUTIONNEMENT 624
CHAP. I. — De la nature et de l'étendue du cautionnement. 629
CHAP. II. — De l'effet du cautionnement 650
SECT. 1. — De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution. 650
2. — De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution. 664
3. — De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs 675
CHAP. III. — De l'extinction du cautionnement 680
CHAP. IV. — De la caution légale et de la caution judiciaire 691
Résumé analytique 694

Universitas Ottaviensis BIBLIOTHECA

Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Fontes Juris Civilis

a39003 008179953b

DATE DUE

11/7/89 Marcel			
CAT. NO. 1137			